

**STUDIA**  
**UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI**  
**IURISPRUDENTIA**

**Nr. 3 / 2016**  
**Iulie – Septembrie**

## **COLEGIUL REDACȚIONAL**

**REDACTOR-ȘEF: prof.dr. Florin STRETEANU**

**REDACTOR COORDONATOR: prof.dr. Mircea Dan BOB**

### **MEMBRI:**

**conf.dr. Sergiu BOGDAN**

**prof.dr. Paul VASILESCU**

**prof.dr. Dan CHIRICĂ**

**lect.dr. Cosmin COSTAȘ**

### **REFERENȚI:**

**Michel GRIMALDI – profesor, Université Paris II „Panthéon-Assas”**

**Liviu POP – profesor emerit, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca**

**Mircea Ștefan MINEA – profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca**

**Denis MAZEAUD – profesor, Université Paris II “Panthéon-Assas”**

**Bjarne MELKEVIK – profesor, Université Laval, Québec**

**Benoit MOORE – profesor, Université de Montréal**

**SECRETAR DE REDACȚIE: lector Sergiu GOLUB**

## CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

- » **Studii:** Sebastian Florin Telecan, CIVIL TORT LAW SAU PARADIGMA ILICITULUI CIVIL \* *CIVIL TORT LAW OR THE PARADIGM SHIFT TOWARDS THE STUDY OF CIVIL ILLICIT* ..... 5
- » **Studii:** Oana Bianca Căbulea, RETROSPECTIVĂ ASUPRA ORIGINII ACTULUI JURIDIC UNILATERAL \* *RETROSPECTIVE ON THE ORIGIN OF THE UNILATERAL JURIDICAL ACT*..... 29
- » **Articole:** Daiana Banc, CLAUZA DE PRECIPUT: O CONTROVERSĂ NESTINSĂ \* *THE PRECIPUT CLAUSE: A NEVER ENDING CONTROVERSY*..... 66
- » **Articole:** Juanita Goicovici, ELEMENTELE CONSTITUTIVE ALE PRACTICILOR COMERCIALE NELOIALE ÎN RELAȚIILE CU CONSUMATORII \* *ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES RAPPORTÉES AUX CONSOMMATEURS* \* CHARACTERISING ELEMENTS FOR THE UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES IN RELATIONSHIP WITH THE CONSUMERS..... 88
- » **Articole:** Mihai Safta, PROLEGOMENA LA STUDIUL GUVERNĂRII PRIN ACTUL SCRIS - *LOCUS CREDIBILIS* ȘI EVOLUȚIA CHIROGRAFELOR \* *PROLEGOMENA TO THE STUDY OF GOVERNANCE THROUGH THE WRITTEN WORD - LOCUS CREDIBILIS AND THE EVOLUTION OF THE CHIROGRAPHS*..... 101
- » **Recenzie:** Călina Jugastru, NADIA-CERASELA ANIȚEI, *LECȚII DE DREPT INTERNAȚIONAL PRIVAT ROMÂN* \* NADIA-CERASELA ANIȚEI, LESSONS OF ROMANIAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW ..... 116



## CIVIL TORT LAW SAU PARADIGMA ILICITULUI CIVIL

Sebastian Florin TELECAN\*

*„C'est sur l'usage de la raison qu'est fondée la responsabilité.”*

M. Planiol

**Abstract:** *Civil Tort Law or The Paradigm Shift Towards the Study of Civil Illicit.* This paper aims to introduce the romanistic formed jurist in a short peregrination through a different legal system—different as an intellectual source and legal structure such as the Anglo-Saxon legal system, in order to bring an affable concern for the perspectives that can offer, therefore exploring a cultural dimension subjected to low interest of a nowadays continental jurist.

*Our concern will focus on that branch of private law known in a common law system known as tort law, trying to facilitate and understand the reason of this matter by drawing certain guidelines that will lead to a much tangible shape and crystallization of the institution.*

**Keywords:** *civil law, common law, tort law, civil tort law, tortious liability, Intentional torts, negligence, strict liability, restitutio in integrum, meta-economic approach, damages, compensatory damages, punitive damages, injunctions.*

**Cuvinte-cheie:** *drept civil, dreptul anglo-saxon, dreptul ilicitului civil, responsabilitate juridică (vinculum iuris), fapte ilicite intenționate, fapte ilicite săvârșite din neglijență, răspundere obiectivă, abordare meta-economică, daune, daune compensatorii, daune punitive, injoncțiuni judiciare.*

### INTRODUCERE

Lucrarea de față își propune să introducă cititorul de formație romanistică într-o scurtă incursiune printr-un sistem juridic diferit, ca și sursă intelectuală și construcții juridice, cum este cel anglo-saxon, în scopul de a-l aduce spre o mai afabilă preocupare pentru perspectivele pe care le oferă, explorând astfel o dimensiune culturală supusă unui interes scăzut juristului continental.

Preocuparea noastră se va concentra asupra acelei ramuri a dreptului privat cunoscută în sistemele de tip *common law* drept *tort law* facilitând înțelegerea și rațiunea acestei materii prin trasarea anumitor linii directoare care să conducă la o cât mai tangibilă conturare și cristalizare a acesteia.

În sens larg, lucrarea este împărțită în două părți, ambele având o structură tripartită. În prima parte, avem în vedere o conturare a instituției *tort law*-ului în care vom analiza sursa etimologică și sensurile terminologice ale cuvântului *tort* prin trasarea unei paralele cu delictul civil, caracteristic sistemelor romanistice, fiind astfel pusă în lumină la finalul primei secțiuni o nouă terminologie atribuită disciplinei *tort law*-ului civil.

Creionarea continuă în a doua secțiune a primei părți prin evidențierea unui șablon general pe baza căruia se poate atrage responsabilitatea legală a ilicitului civil (*tort law*) urmată de o clasificare a acestei materii bazată pe intenția subiectivă a autorului faptei ilicite. Iar în cea de-a treia subsecțiune propunem o întrebare, deloc facilă, aceea dacă *tort law*-ul poate fi considerat un avatar al răspunderii civile delictuale.

Urmând ca partea a doua a lucrării să fie destinată prezentării sistemului reparatoriu a *tort law*-ului și a remediilor puse la dispoziție de către acesta prin expunerea unor repere privind necesitatea pragmatică a unui remediu efectiv cu anumite valențe raportate la principiului *restitutio in integrum* ca și un leitmotiv cât și printr-o abordare meta-economică a sistemului reparatoriu anglo-american. Vom supune reflecției cititorului și câteva tipuri de sisteme reparatorii și clasificările acestora cu note explicative și comparative.

Motivul alegerii acestei teme, nefirești juristului de formație romanistică, poate fi justificat printr-un „reflex al unei atitudini inconștiente a spiritului uman”<sup>1</sup> parafrazându-l pe marele filozof și scriitor român L. Blaga. Reflex care ne îndrumă spre o atitudine de lărgire și aprofundare a orizonturilor juridice înclinată studierii și cunoașterii, chiar și printr-o lucrare de dimensiunile de față, unei anumite ramuri dintr-un sistem juridic care poate părea destul de abscons privit dintr-o depărtare ideologică. Depărtare care poate fi restrânsă, de cele mai multe ori, prin ieșirea din solidarizarea cu orizontul juridico-spațial sau juridico-temporal în care ne-am format și solidarizarea cu un nou orizont juridic, poate mai organic și mai perceptibil cu valorile provenite din ambele.

## CRISTALIZAREA INSTITUȚIEI *TORT LAW*-ULUI

Studierea unei instituții nu doar dintr-un sistem juridic diferit, dar și dintr-o gândire juridică amorfă, cum este cel anglo-saxon, care deși prezintă anumite similitudini<sup>2</sup>, pe alocuri, cu multe instituții din sistemul de drept continental, este vizibil diferită din multe puncte de vedere. Din aceste considerente ne-am asumat această provocare de a trasa câteva linii directoare pentru a duce la o cristalizare cât mai tangibilă a instituției *tort law*-ului civil.

În realizarea acestui demers, urmărind o structură tripartită, am decis să ne impunem o abordare cât mai pragmatică a *tort law*-ului civil prin conturarea instituției (Secțiunea 1), continuând cu sistemul reparatoriu și remediile puse la dispoziție de către sistemul analizat (Secțiunea 2) și concluziile finale ale lucrării (Secțiunea 3).

### Secțiunea 1. Noțiune. Caracteristici. Rațiunea

În cadrul acestei secțiuni ne propunem o analiză cât mai amplă a instituției *tort law*-ului civil, începând prin a evidenția sensurile terminologice ale sintagmei care acompaniază instituția, conjunct cu o paralelă a delictului civil consacrat încă din dreptul roman, pentru a încerca o transpunere cât mai omogenă a sintagmei într-o expresie sau grup de cuvinte mai afabile limbii materne (Subsecțiunea 1) urmând a supune reflecției condițiile și clasificările care

formează această instituție (Subsecțiunea 2) și finalizând prin a răspunde unei întrebări deloc facile, aceea dacă acest avatar al delictului civil roman este o construcție juridică nu doar mai ingenioasă dar și mai eficientă decât predecesorul său (Subsecțiunea 3).

### **Subsecțiunea 1. *Tort law*, conturarea instituției**

#### **A. Terminologie și etimologie**

Pentru a răspunde întrebării cu care am decis să deschidem analiza acestei instituții, atât de neobișnuită limbajului juristului de drept continental, trebuie mai întâi să căutăm rădăcinile lingvistice ale cuvântului *tort* și semnificația dată acestuia, precum și sensurile terminologice care l-au consacrat, pentru o transpunere cât mai clară în limba maternă, având în vedere că, acesta, nu are nici pe departe aceeași noțiune în limba română cu cea pe care o are în limba engleză.

Parafrazându-l pe profesorul Sir Frederick Pollock care în 1895 spunea „cuvântul însuși, clar nu te ajută” spre a fi tradus, de asemenea, mai mult decât sugestiv ni se par și aserțiunile profesorului Istrate Micescu referitoare la definirea actului juridic<sup>3</sup>, care pot fi cu ușurință transpuse în acest context, el spunea „expresia are un înțeles dublu și caracterul amfibologic al cuvântului creează dificultăți de limbaj și reclamă o precizare a ambelor înțelesuri și, în același timp, o căutare de expresii variate pentru fiecare dintre aceste înțelesuri”.

Singurele deosebiri, altele decât cele de ordin istoric și de suplețe intelectuală, între efortul marelui profesor și efortul nostru, este că noi avem de a face mai mult cu fapte juridice iar nu acte și în cazul nostru înțelesurile care derivă din expresia *tort law* nu sunt duble, ci multiple, având în vedere că avem de a face cu un subiect pluridisciplinar.

Astfel, cuvântul *tort*, conform unui notabil dicționar britanic de specialitate *A Dictionary of Law*<sup>4</sup>, are două rădăcini, una veche franceză, caracterizată prin următoarele două înțelesuri de „a dăuna” sau de a face ceva „greșit” și una în latină, provenită de la cuvântul *tortius*, înțeles prin noțiunea de „răsucit” sau „strâmb. De asemenea, profesorul Pollock spunea în cartea sa faptul că „*Tort* nu este altceva decât echivalentul francez al cuvântului englez *greșit* care a fost în mod liber utilizat de Spenser<sup>5</sup> ca și un sinonim poetic”<sup>6</sup>. Totodată, un alt dicționar *The American Heritage Dictionary of the English Language*<sup>7</sup>, de sorginte americană de această dată, îi atestă utilizarea neechivocă, în perioada *Middle English*<sup>8</sup> sub înțelesul de „prejudiciu corporal”<sup>9</sup>, sau în latina medievală sub noțiunea de *tortum*.

Putem astfel concluziona, în urma acestei scurte sinteze a noțiunilor derivate din cuvântul *tort*, că acesta a fost preluat din limba latină sau franceza veche și utilizat de-a lungul timpului în cultura lingvistică engleză sub înțelesuri multiple care puteau fi calificate ca și acte reprobabile de către valorile morale și corecte impuse de către societate. El întețându-se în limbajul comun englez, perceput fiind ca și ceva greșit, ilicit sau ca pe o daună sau prejudiciu adus altuia.

Odată înțeleasă etimologia și sensul cuvântului *tort* putem să trecem mai departe și să vedem semnificația juridică acestuia.

#### **B. *Tort law* și delictul civil paralela dintre două sisteme (noțiune)**

În definitiv, dicționarele juridice se mărginesc a defini din punct de vedere juridic *tort*-ul ca și „acea acțiune sau inacțiune nelegală prin care o instanță civilă poate acorda daune persoanei lezate, altele decât cele provenite din întreruperea unui contract. Dreptul delictual (*tort*) are ca

și principal scop oferirea de despăgubiri pentru vătămarea corporală sau atingerea adusă proprietății cauzate din culpă.”<sup>10</sup>.

Un alt dicționar, *Black's Law Dictionary*, definește *tort*-ul ca fiind „un ilicit (tort) civil, altul decât întreruperea unui contract, pentru care un remediu poate fi obținut, sub formă de despăgubiri; încălcarea unei obligații impuse de lege persoanelor care se află într-o relație particulară una cu cealaltă.”<sup>11</sup>, de asemenea, și doctrina juridică engleză veche definește *tort*-ul ca fiind „O acțiune sau o omisiune care dă dreptul, în virtutea jurisdicției Curții, la un remediu civil care nu este o acțiune derivată dintr-un contract”<sup>12</sup>.

Prin urmare trebuie să remarcăm faptul că prin *tort*, într-o accepțiune generală a cuvântului<sup>13</sup>, înțelegem acea acțiune sau inacțiune, care datorită caracterului ei eminent nelegal se cauzează un prejudiciu care dă dreptul la dezdăunări persoanei lezate, independent de vreo obligație izvorâtă din întreruperea unui contract.

Așadar, având schițate câteva repere referitoare la obiectul studiului nostru, putem să ne îndreptăm pentru scurt timp atenția către o instituție mult mai familiară pregătirii noastre juridice, care este *delictul civil*, deoarece considerăm necesar a trasa o scurtă paralelă între aceste două construcții juridice.

După cum bine se știe, juristconsultul roman Gaius, într-o primă clasificare în celebra sa carte *Instituțiile* (anul 160 d.Ch), atribuia obligațiilor două mari surse, una era contractuală (*convetio*) iar cea de a doua era delictuală<sup>14</sup>. Având în vedere că obiectul prezentei subsecțiuni are ca principală preocupare sursele delictuale într-o paralelă cu *tort law*-ul, mai exact delictul civil ne vom opri doar asupra acestuia.

Așadar, ne mărginim a împrumuta definiția dată delictului civil, ca și sursă originală a dreptului, de către un reputat doctrinar al perioadei interbelice române, care numește delict, „orice faptă a omului care cauzează altuia în mod intenționat o pagubă, care lezează un drept al altuia, iar cel al cărui drept se găsește lezat printr-un fapt vinovat, cu intenție păgubitoare, săvârșit de altul, dobândește dreptul de a obține restabilirea situației anterioare ori o despăgubire de la autorul faptului păgubitor”<sup>15</sup>, o altă explicație, a delictului civil, de această dată în doctrina mai recentă, ne spune că „un delict își merită numele tocmai pentru că el contravine oridinii juridice, încălcând simultan două categorii distincte de valori juridice: norma obiectivă (legea *lato sensu*) și interesul subiectiv (și concret) al victimei”<sup>16</sup>.

Un lucru e cert, diferența dintre *civil tort* și delictul civil, este evidentă, încât primul naște obligații independent de un contract pe când ultimul poate avea atât un izvor contractual cât și unul extracontractual, astfel că, nu putem pune semnul echivalenței între cele două.

### C. Scopul și rațiunea *tort law*-ului

Odată deslușite, terminologic și etimologic, atât noțiunea de *tort law* cât și cea de delict civil<sup>17</sup>, trebuie să nuanțăm scopul, abstract, al acestui demers prin a achiesa la următoarele alegații: „pentru că istoria dreptului delictual sau a *tort*-ului este una de interes pentru Europa, nu doar pentru că ajută la explicarea dreptului actual dar pentru că la fel de mult evidențiază natura schimbătoare a subiectului, în mod particular de la adoptarea codurilor. De asemenea, arată cum filosofia din spatele subiectului, odată o filosofie comună, este acum una divergentă între cele două sisteme. Din acest motiv este mai importantă dimensiunea socială decât existența normelor pozitive.”<sup>18</sup>



De asemenea, profesorul Andrew Popper spunea că patru scopuri urmărește această disciplină<sup>19</sup> „(1) de a determina o modalitate amiabilă de ajustare a drepturilor părților care altfel și-ar face singuri dreptate; (2) a determina acțiunile ilicite; (3) de a încuraja un comportament social responsabil; și, (4) de a readuce părțile la situația anterioară producerii pagubei prin despăgubiri pentru prejudiciul produs.”

Necontestând scopul social și abstract al acestui demers, trebuie însă să precizăm că scopul nostru, concret, prin prezenta lucrare, este de a aduce o cât mai tangibilă realitate a acestei materii, specifice sistemului anglo-saxon, juristului format în sistemul de drept continental și de a încerca o transpunere cât mai omogenă cu putință, a sintagmei *tort law civil*, într-o expresie sau grup de cuvinte mai afabile limbii materne.

#### D. O nouă terminologie

Deși cuvântul *tort* poate fi considerat ca și un apelativ pentru vorbitorii de limbă engleză, traducerea acestuia în limba română nu se bucură de aceeași egalitate de tratament, deoarece regăsim o serie de termeni sinonimici acestuia, *wrong*, *civil wrong*<sup>20</sup>, *delict*, care deși toți determină niște fapte reprobabile de către societate, aceștia nu pot fi traduși *mutatis-mutandis* în limba română fără a incomoda vorbitorul.

Dacă încercăm să traducem doar cuvântul *wrong* cu sensul său de ilicit, greșit, izolat de cuvântul *civil*, riscăm să intrăm în sfera dreptului penal, lucru nedorit, lucrurile schimbându-se în momentul folosirii celor două împreună ca și *civil wrong*, astfel că, am putea spune că *civil wrong* este același lucru cu delictul civil<sup>21</sup> întrucât ambele dau naștere atât la obligații contractuale<sup>22</sup> cât și extracontractuale. În definitiv putem spune că ori de câte ori vom mai întâlni expresia de *civil wrong* aceasta poate fi tradusă în limba maternă prin delict civil. Astfel, am stabilit că nu se poate pune semnul echivalenței între delict civil și *civil tort* ca și o continuare a raționamentului expus mai sus. Chiar dacă în engleză *tort* și *wrong* au același înțeles, instituția *tort law*-ului nu se ocupă cu toate lucrurile ilicite, existând fapte ilicite care intră în sfera dreptului penal cât și fapte ilicite care intră în sfera dreptului civil, ultimele, în dreptul nostru intern intră sub incidența răspunderii civile delictuale<sup>23</sup>, în aceeași categorie am dori să încadrăm și disciplina *tort law*-ului civil, deși, așa cum subtil a sesizat un profesor american acum mai bine de jumătate de secol faptul că „*tort law*-ul este un drept public deghizat”<sup>24</sup>, iar această decizie nu este una pe deplin satisfăcătoare, încât aria de cuprindere a acestui remediu civil este mult mai largă decât cea a unei răspunderi civile delictuale clasice.

În concluzie, nu putem traduce *tort law*-ul *mutatis-mutandis* prin instituția răspunderii civile delictuale datorită insuficienței sale de a acoperi toate domeniile cuprinse în aria sa de acțiune, așadar, propunem o traducere mai flexibilă și mai omogenă prin aceea de *ilicit civil*, o altă variantă ar fi fost aceea de delict civil dar acesta nu poate fi reținut (1) pentru considerentele de echipolență cu expresia de *civil wrong* arătate mai sus, (2) deoarece disciplina *tort law*-ului prin spectrul larg de acoperire include și acele cazuri denumite drept *negligence*<sup>25</sup> sau *tort negligence*<sup>26</sup>, echivalentul quasi-delictelor<sup>27</sup> în dreptul nostru, iar traducerea lui ca și delict civil ar însemna excluderea acelor situații săvârșite din neglijență (quasi-delicte).

### **Subsecțiunea 2. Condiții și clasificări ale *tort law*-ului (*tortious liability*<sup>28</sup>)**

Începem această subsecțiune prin a spune că dată fiind aria foarte mare de cuprindere a disciplinei *tort law*-ului, ar fi extrem de dificil pentru a realiza o enumerare exhaustivă a tuturor principiilor care guvernează această materie, întrucât, în primul rând ar depăși scopul acestei lucrări, pe care noi o considerăm mai mult ca și un prolog iar nu o descriere amănunțită.

Iar în al doilea rând, trebuie spus că fiecare ramură a acestei discipline funcționează după un anumit șablon bine determinat iar în sistemele de tip *common law* se încearcă explicarea unei anumite construcții juridice prin jurisprudență, cazuri concrete, din care reies anumite principii iar nu pe baza unor principii abstracte inserate, inițial, într-o lege scrisă care se aplică ulterior unui caz concret. Sau cum spunea și profesorul John W. Salmond în 1900 că „un precedent, prin urmare, este o decizie judecătorească care conține în sinea ei un principiu”<sup>29</sup>.

Un șablon al elementelor generale necesare, pentru a atrage o responsabilitate juridică (*liability*), ar putea fi realizat din elementele cuprinse în definiția *tort law*-ului pe care am dat-o în subsecțiunea anterioară, așadar, șablonul implică următoarele elemente: o acțiune/omisiune, care cu intenție sau din neglijență, creează o legătură cauzală (*causation*)<sup>30</sup> dintre acestea și prejudiciul (*damage*) produs, care ulterior naște o responsabilitate legală (*creanță-reparație*)<sup>31</sup> față de o persoană.

Există, în definitiv, un set de reguli generale care se aplică tuturor speciilor de *tort* existente, la care se adaugă, în funcție de categoria de care vorbim, anumite condiții particulare fiecăreia, vom vedea care sunt acestea când vom analiza câteva dintre ele.

Ar mai fi de precizat și faptul că prin *liability*<sup>32</sup> înțelegem acea responsabilitate juridică (*vinculum iuris*) care se naște în sarcina unei persoane odată cu încălcarea unei obligații legale care poate fi reparată pe baza unui remediu civil sau a unei pedepse cu caracter penal. Atunci când este folosit sub denumirea de *tortious liability* îi este atribuit înțelesul „acelei răspunderi care se naște dintr-o încălcare a obligației (1) fixată în principal de către lege, (2) este datorată în general persoanelor, și (3) când este încălcată, pot fi obținute daune-interese printr-o acțiune reparatorie.”<sup>33</sup>.

### **Clasificări<sup>34</sup> ale *tort law*-ului<sup>35</sup>**

În ceea ce privește clasificările *tort law*-ului, acestea pot fi de mai multe feluri, noi am ales o clasificare care are la bază elementul subiectiv al autorului faptei ilicite. Astfel, *tort law*-ul se împarte în trei mari categorii:

i. *Intentional torts* așa cum și termenul sugerează acestea sunt fapte ilicite făcute cu intenție. Care la rândul lor se împart alte două mari categorii:

1. *Intentional torts against persons* sunt fapte ilicite săvârșite împotriva unei persoane, acestea sunt:

a) *Assault și Battery* poate fi tradus prin verbul a ataca sau prin substantivul asalt, iar *battery* îi putem acorda semnificația de vătămare corporală;

b) *False imprisonment* sau lipsire de libertate, care poate fi definită ca o restrângere a libertății de mișcare a unei persoane fără justificare;

c) *Intentional infliction of emotional distress* sau inducerea în mod intenționat a unui stres de natură psihică, spre exemplu hărțuire sexuală;

d) *Defamation (slander)* sau defăimare prin a aduce atingere reputației unei persoane;

- e) *Fraudulent misrepresentation* sau înșelăciune;
- f) *Abusive/Frivolous litigation* sau acțiune/litigiu frivol, introducerea unui proces fără nicio bază legală având o intenție dolosivă.

2. *Intentional torts against property* sunt fapte ilicite care afectează dreptul de proprietate al titularului, acestea sunt de mai multe feluri:

a) *Trespass to land* sau violare/încălcare a proprietății, aceasta se poate produce printr-o încălcare a proprietății unei persoane fără acordul sau dreptul acesteia iar odată ce o persoană este, expres sau implicit, identificat ca și un uzurpator, proprietarul are anumite drepturi specifice, printre care și acela de a-l reține sau evacua pe uzurpator.

b) *Trespass to personal property* mai poate fi întâlnit și sub denumirea de *trespass to chattels* și poate fi tradus ca și o încălcare a proprietății personale, sub înțelesul juridic de interferență în drepturile, de a uza, posedă și de a se bucura de proprietate, ale proprietarului fără acordul acestuia.

c) *Conversion* sau coversiune în limba română, se înțelege orice act care privează un proprietar de proprietatea sa personală sau de a uza de proprietatea sa personală fără permisiunea acestuia. Este varianta civilă a infracțiunilor asociate cu furtul și nu numai.

ii. *Unintentional torts* sau fapte ilicite săvârșite din neglijență, li se mai spune și *tort of negligence*, acest tip de ilicit se produce cel mai adesea atunci când o persoană suferă o vătămare/prejudiciu (*injury*)<sup>36</sup> datorită neîndeplinirii a unei obligații de diligență și prudență. Iar pentru a fi în prezența unui ilicit civil rezultat din neglijență trebuie să îndeplinească patru condiții cumulative: 1. (*Duty*) Pârâtul să fi datorat o obligație de prudență și diligență față de reclamant; 2. (*Breach*) Să fi încălcat acea obligație; 3. (*Causation*) Încălcarea obligației să-i fi cauzat reclamantului o vătămare/prejudiciu; iar 4. (*Damage*) ace(a)st(ă) vătămare/prejudiciu să fie recunoscut(ă) de către lege.

Dezvoltarea acestei ramuri a *tort law*-ului a pornit de la o speță celebră, **Donoghue v. Stevenson (1932)**, starea de fapt fiind următoarea: „Doamna Donoghue a mers la o cafea cu o prietenă, unde prietena acesteia ia cumpărat o bere cu ghimbir, sticla având o culoare de maro închis. Doamna Donoghue a băut bere din sticlă după care și-a turnat restul de bere rămasă în pahar, moment în care a observat că berea conținea rămășițe de melc descompus. Ca urmare a acestei experiențe doamna Donoghue a suferit un prejudiciu fizic. Nu l-a putut chema în judecată pe proprietarul cafenelei datorită principiului relativității contractelor dar l-a chemat în judecată pe producătorul berii, având succes de cauză.”, astfel s-a reținut că producătorul berii datorează o obligație de prudență și diligență față de consumator datorită faptului că acesta a fost neglijent pentru că a permis introducerea unui melc descompus într-o sticlă fără a asigura o examinare suplimentară.<sup>37</sup>

Se poate observa, așadar, faptul că, anumite fapte ilicite săvârșite cu intenție, dintre cele clasificate mai sus, în ceea ce privește sistemul de formație anglo-saxonă, pot fi integrate în sfera dreptului privat, spre deosebire de sistemele de formație romanistică unde acestea sunt încadrate în sfera dreptului public, intrând în multe legislații sub incidența legii penale. De pildă, lipsirea de libertate conform art. 205 Cod penal român constituie infracțiune și se pedepsește ca atare, pe când în cazul sistemelor de tip *common law* lipsirea de libertate are ca și remediu acțiunea în fața instanțelor civile.

iii. În fine, cea de-a treia categorie a ilicitului civil este reprezentată de instituția *strict liability*-ului, acesta putând fi tradus în limba română ca și răspundere obiectivă, este acel tip de răspundere independentă de vreo vină/intenție<sup>38</sup>. Persoana care întreprinde anumite activități și care produce un prejudiciu, în cazul răspunderii obiective (*strict liability*) va fi răspunzător față de persoana prejudiciată chiar dacă a depus toate diligențele necesare.

Conceptul modern al instituției își are originile, parțial, în cauza **Rylands v. Fletcher** decisă în **1868** într-o zonă minieră din Lancashire, Anglia, care avea următoarea stare de fapt: „Pârâții (Rylands) proprietari ai unei mori și-au construit un rezervor de apă pe terenul lor, la momentul realizării lucrării, constructorul a descoperit niște sonde miniere nefolosite pe care nu le-a blocat. Iar când rezorvorul a fost umplut cu apă, sondele miniere au cedat iar apa a inundat mina reclamantului. Pârâțul nu a știut de prezența sondelor miniere nici la momentul realizării lucrării nici după.”, astfel s-a reținut că pârâțul este responsabil față de reclamant chiar dacă acesta nu a avut nicio vină în producerea prejudiciului.<sup>39</sup>

Interesant este faptul că, un proces embrionar similar s-a născut, și dezvoltat ulterior, și în cazul sistemelor de drept civil, „tot spre sfârșitul secolului al XIX-lea care s-a datorat industrializării și a mașinismului exploziv din acea perioadă aducând anumite probleme juridice iscate prin tragerea la răspundere a muncitorilor și scuzarea corelativă a patronilor. Principalul obiectiv al acestui proces de obiectivizare al răspunderii a fost ruperea resorturilor subiective ale imputării culpei concrete, creând un mecanism în care vinovatul fără vină să fie totuși ținut civil la obligația de reparație, care nu s-a născut din faptul său nemijlocit, iar astfel atât răspunderea cât și reparația nu se mai întemeiau pe vinovăție ci (inițial) pe risc<sup>40</sup>. Lucru care a dus și la o concretizare a justiției distributive care se concentra mai mult pe satisfacerea juridică a victimei”<sup>41</sup>.

Iată putem constata faptul că deși avem două instituții din sisteme de drept diferite, din culturi juridice diferite, ambele au trebuit să se adapteze cerințelor sociale și juridice ale vremii căutând soluții care au ajuns la finalități simetrice, având construcții juridice, cu aproximație, analoage.

În concluzie, după o scurtă sinteză, raportat la spectrul larg de cuprindere al acestei discipline, dar deloc frivolă, sperăm totuși că am familiarizat cât de cât cititorul cu câteva dintre domeniile de interes ale *tort law*-ului, înțelegând faptul că acestea funcționează pe baza unui șablon general aplicabil tuturor ramurilor adiacente, cărora li se adaugă în funcție de situație, reguli particulare proprii. De asemenea am văzut că deși sursa anumitor instituții este una jurisprudențială (*case-law*) acestea ajung să se asemene izbitor de mult cu multe din instituțiile aparținând sistemelor de drept continental.

### **Subsecțiunea 3. *Tort law* un avatar al răspunderii civile delictuale? Perenitatea unor idei**

Descifrarea răspunsului la această întrebare trebuie pornită de la premisele sociale și culturale, care stau la baza societăților în care s-au conturat aceste discipline, pentru că și societățile din care provin s-au format și adaptat de-a lungul timpului după nevoile și cerințele oamenilor care le-au populat, „cum sunt oamenii așa sunt și instituțiile” parafrazându-l pe regretatul profesor I. Deleanu.

Societățile ca și culturile juridice, diferă una de alta, anumite societăți aleg să condamne într-un anumit fel faptele ilicite repudiate de către comunitate care tind să rupă armonia socială, prin pedepse care intră în sfera dreptului penal, pe când altele consideră că un remediu efectiv

pentru refacerea echilibrului social poate fi făcut și pe baza unei pedepse civile sub echivalent pecuniar.

La fel și disciplina *tort law*-ului diferă de cea a răspunderii civile delictuale, prin etimologia expusă mai sus, prin condițiile și clasificările care o compun. Dacă ar fi să continuăm și mai departe cu raționamentul și luăm doar cazul particular al *tort law*-ului, putem observa că „deși învelișul oficial exterior al sistemelor de tip *tort law* este aparent identic sau destul de similar poate, cu toate acestea, el produce o aplicare/practică diferită”<sup>42</sup>, în sensul că există numeroase exemple de sisteme în care își are aplicabilitatea disciplina *tort law*-ului care deși sunt de formație anglo-saxonă sau nu, aceasta este reglementată diferit<sup>43</sup>.

Ce am vrut să evidențiem prin ridicarea acestei interogații, retorice, a fost faptul că fiecare disciplină a dreptului născută în sânul unei societăți este oglindirea însăși a societății respective, *tort*-ul este o metamorfoză a societății și a gândirii anglo-saxone din care provine, la fel cum și răspunderea civilă delictuală este o metamorfoză a unei societăți născută, doborâtă și regăsită de-a lungul vechii culturi juridice europene.

Nu importă faptul că una este mai veche decât cealaltă, sau că una izvorăște din cealaltă, sau invers, pentru că epicentrul celor două este diferit la fel cum și oamenii care le formează sunt diferiți prin urmare și instituțiile izvorâte sunt diferite deși scopul pe care îl urmăresc este comun.

## **Secțiunea 2. Sistemul reparatoriu în *tort law***

Odată conturată instituția *tort law*-ului, realizată în prima secțiune a acestei lucrări, putem să ne îndreptăm atenția către scopul central al acestei lucrări care este sistemul reparatoriu caracteristic sistemelor de tip *common law* prin care se restabilește echilibrul social rupt în urma ilicitului civil.

Și în cazul acestei secțiuni recurgem tot la o structură tripartită, prin expunerea unor repere privind necesitatea pragmatică a unui remediu efectiv, făcând raportarea la principiul *restitutio in integrum* ca și un leitmotiv al oricărui sistem reparatoriu privat și finalizând cu o perspectivă meta-economică a sistemului anglo-american (Subsecțiunea 1) continuăm apoi prin delimitarea unor anumite tipuri de sisteme reparatorii și clasificarea acestora (Subsecțiunea 2) și în ultima secțiune, etapa finală a triadei, așezarea într-o concluzie a etapelor anterioare (Subsecțiunea 3).

### **Subsecțiunea 1. Necesitatea pragmatică a unui remediu efectiv**

#### **A. Rațiune**

Necesitatea unui remediu cât și exigența restabilirii egalității odată ce echilibrul social a fost rupt, este o preocupare mai veche a umanității, de pildă justiția corectivă a lui Aristotel este la fel de actuală cum a fost și în Grecia antică, el spunea în *Etica Nicomahică* că „judecătorul restabilește egalitatea și o face ca și cum ar avea înaintea lui o linie împărțită în părți inegale, din a cărei parte mai mare el ar lua și ar adăuga-o la partea mai mică.”<sup>44</sup> Iar când întregul a fost înjumătățit, atunci fiecare persoană are ce-i al său, când fiecare are o parte egală.<sup>45</sup> Vom vedea pe parcursul acestei subsecțiuni cât de necesar este un remediu efectiv în sistemele pragmatice.

După cum am arătat și la finalul secțiunii anterioare, odată ce se săvârșește o faptă ilicită/ilicit civil prin care se cauzează unei persoane un prejudiciu prin care se rupe echilibrul social este necesar a se găsi un remediu efectiv pentru refacerea aceluși echilibru și restabilirea ordinii sociale *status quo ante* producerii acestuia.

De asemenea, tot în secțiunea precedentă am arătat și care sunt scopurile, patru la număr, ale disciplinei *tort law*-ului, le vom supune reflecției doar pe primul și ultimul, întrucât acestea au cea mai mare implicație asupra subiectului tratat în această a doua secțiune.

Primul a fost acela de a determina o modalitate amiabilă<sup>46</sup> de ajustare a drepturilor părților care altfel și-ar face singuri dreptate, este oarecum firesc ca orice societate să dea părților posibilitatea, în *prima facie*, de reconciliere printr-o modalitate extra-judiciară<sup>47</sup> nefiind necesară intervenția unei instanțe pentru tranșarea conflictului.

Iar cel de-al doilea scop, care poate fi ridicat la rangul de principiu indispensabil oricărui sistem reparatoriu, este de a readuce părțile la situația anterioară producerii pagubei prin despăgubiri pentru prejudiciul produs, acesta fiind și cel mai adesea folosit ca și un remediu judiciar, poate ușor fi transpus prin adagiul latin *restitutio in integrum*<sup>48</sup>.

Trebuie remarcat faptul că acest ultim scop, îl considerăm laitmotivul oricărui sistem reparatoriu, întrucât în lipsa lui, nu doar că însăși disciplina ar fi lipsită de sens, ci și societatea ar putea cădea într-o stare anarhică în care fiecare și-ar face singur dreptate.

### **B. Restitutio in integrum sau laitmotivul unui sistem reparatoriu**

În celebrele monografii americane *Restatement (Second) of Torts*<sup>49</sup> putem observa că „dreptul ilicitului civil are ca și principal obiectiv de a pune o persoană prejudiciată într-o stare cât mai apropiată de starea în care se afla înainte de producerea ilicitului.”<sup>50</sup> În același articol din care am citat afirmația de mai sus se continuă prin a explica ce putem înțelege prin cele expuse în *Restatement (Second) of Torts* astfel „un remediu al ilicitului civil, din acest punct de vedere, își propune să refacă prejudiciul adus victimei prin punerea la dispoziția sa daunele compensatorii necesare pentru a-l repune, economic dacă nu fizic, din această stare *status quo post* într-o stare anterioară săvârșirii ilicitului.”<sup>51</sup>

Este lesne de înțeles faptul că aserțiunea de mai sus are în vedere principiul *restitutio in integrum* principiu caracteristic sistemelor de drept continental, caracterizat în doctrina română drept restabilirea situației anterioare, prin reintegrarea victimei în drepturile pe care le-a avut anterior suferirii prejudiciului, situație generală și amplă care acoperă orice fel de formă sau tip de reparație<sup>52</sup>. De asemenea, se mai poate observa că repunerea în situația anterioară producerii ilicitului se poate realiza prin echivalent bănesc atunci când repararea acestuia în natură nu mai este posibilă<sup>53</sup>.

În definitiv, putem spune că și sistemul reparatoriu, de formație anglo-saxonă, al *tort law*-ului are la bază principiul *restitution in integrum* atunci când este posibil, și doar *restitutio* când nu este posibilă refacerea prejudiciului în integralitatea lui (în natură). Fapt care din această perspectivă nu îl diferențiază ca și scop de sistemele reparatorii de drept continental.

### **C. O abordare meta-economică a tort law-ului**

Suștinătorii teoriei economice pozitive a *tort law*-ului sugerează faptul că „regulile dreptului anglo-american ale *tort law*-ului pot fi cel mai bine explicate dacă sunt proiectate să promoveze eficiența, în sensul de a minimaliza suma prejudiciilor care urmează să se producă și costurile de luare a unor asemenea măsuri; altfel spus, însăși structura dreptului care guvernează ilicitul civil are un caracter economic ...pentru că însuși *common law*-ul este guvernat de o logică cu caracter economic”<sup>54</sup>.

Un alt autor spune că pentru o mai bună priorizare a bunăstării sociale trebuie minimalizate costurile totale rezultate din/prin ilicitul civil, aceste costuri putând fi împărțite în trei categorii „sunt trei tipuri de costuri care reies din orice ilicit civil sau un potențial ilicit civil, (1) costurile de precauție pentru a evita ilicitul civil; (2) costurile asociate cu ilicitul civil, dacă acesta se ivește; și (3) costurile administrative asociate cu rezolvarea conflictului ivit între părți în urma ilicitului civil.”<sup>55</sup>. În ceea ce privește scopul principal al *tort law*-ului după părerea lui Guido Calabresi<sup>56</sup>, este de a „minimaliza suma totală a acestor trei tipuri de costuri”<sup>57</sup>.

De asemenea, o aserțiune care ne-a atras atenția și merită supusă reflecției, spune că „*tort law*-ul, selectează o linie de bază care promovează eficiența printr-o informare de prudență asupra acțiunii raționale de priorizare, prin felul de impunere a obligației de a-și lua precauții justificate economic.”<sup>58</sup>.

Observăm, așadar, această neobosită preocupare epistemologică a doctrinei anglo-americane de a-și păstra nu doar o ramură a dreptului, precum este cea care este supusă analizei noastre (*tort law*), ci întregul sistem juridic, pe cât posibil, după niște coordonate ale eficienței și pragmatismului economic, de a impune obligații de prudență și diligență sporită *ex ante* sau de a reduce pe cât posibil și costurile administrative născute între părți *ex post*, nu trebuie uitat nici faptul că există posibilitatea perceperii de cheltuieli judiciare care ar reduce semnificativ aceste costuri administrative, toate acestea pentru a menține un standard de eficiență care odată cu el duce și la menținerea a unei bunăstări sociale.

Există însă, în momentul de față, cel puțin în doctrina americană, o nevoie tot mai mare de reformare a dreptului ilicitului civil (*tort law*) datorată unei creșteri tot mai mari a litigiilor, a costurilor prea mari pe care aceste litigii le aduc în sarcina societății, adesea ridicându-se întrebarea dacă „este *tort law*-ul, ca întreg, eficient?”<sup>59</sup> sau „care este rostul unui remediu în materia ilicitului civil (*tort*)?”<sup>60</sup>. Deși există o serie de studii pe tema asta, doctrină pro și contra acestei reforme, iar un răspuns tranșant în momentul de față este dificil de formulat, achiesăm totuși la un răspuns mai idealistic care spune faptul că „nimeni nu crede că acest sistem sau această disciplină este atât de eficientă pe cât ar putea să fie”<sup>61</sup>.

Ce trebuie reținut, așadar, din această subsecțiune este faptul că în general sistemele de tip *common law* sunt sisteme de tip pragmatic, în anti-teză cu cele liberale (Franța, România) sau conservatoare (Germania, Norvegia).

Având în mod particular, în cazul disciplinei *tort law*-ului, remedii bazate pe eficiență și minimalizare a costurilor atât cele anterioare producerii ilicitului civil cât și cele care le succed, prioritizând de cele mai multe ori bunăstarea socială. Iar principiul care guvernează acest sistem reparatoriu este acela al repunerii părții prejudiciate în situația anterioară producerii ilicitului civil (*restitutio in integrum*), în așa fel încât aceștia ar fi ca doi „străini”<sup>62</sup> care n-ar fi avut niciun raport juridic, această reparare a prejudiciului este realizată de cele mai multe ori prin echivalent bănesc dacă în natură nu este posibilă.

## **Subsecțiunea 2. Tipuri și categorii de sisteme reparatorii în *tort law***

Având în vedere că disciplina ilicitului civil (*tort law*) încearcă să protejeze atât de multe interese, care nu se fondează, toate, pe fapte ilicite pentru că multe dintre ele au ca și bază motivațională și ideea de interferență cu drepturile de proprietate<sup>63</sup> formând prin urmare o materie pluridisciplinară ne vedem nevoiți a opta pentru o clasificare<sup>64</sup>, mai degrabă generală decât una

exhaustivă. Plecând așadar de la scopul ilicitului civil, acela de a compensa/despăgubi partea vătămată pentru prejudiciul suferit, putem împărți acest sistem reparatoriu în două mari categorii:

i. *Damages*<sup>65</sup> sau daune sunt despăgubirile acordate reclamantului. Scopul acestor despăgubiri în materia ilicitului civil (*tort law*) este de a-l pune pe reclamant în aceeași poziție în care ar fi fost dacă ilicitul nu s-ar fi produs, principiu pe care l-am tratat mai sus ca și *restitutio in integrum*.<sup>66</sup>

1. *Compensatory damages* sau *actual damages*<sup>67</sup>, conversiunea acestuia în limba română este mult mai facilă, el putând fi tradus ca și daune (interese) compensatorii. Acestea se împart la rândul lor în:

a) *Special damages*, daune materiale, care pot fi cuantificabile prin pierderile de natură pecuniară, astfel de prejudicii pot să includă cheltuielile medicale sau de spitalizare, pierderea câștigurilor salariale și a beneficiilor din muncă (prezente și viitoare), pierderea bunurilor irecuperabile, costurile suportate de către reclamant cu reparațiile sau înlocuirea bunurilor prejudiciate.

Într-o speță în care o navă de transport marfă, *Enterprise*, aparținând companiei Marine de Transport *Seaway*, s-a poziționat la malul lacului Erie din Ohio pentru a încărca cărbune. Moment în care a lovit un mecanism de încărcare a cărbunelui deținut de compania de cale ferată Bessmer și Lacul Erie cauzându-i acestuia un prejudiciu. O instanță federală a găsit compania de Transport Marin responsabilă pentru daune materiale (*special damages*) în valoare de 552,000 \$ obligând compensarea companiei Bessmer pentru costurile pe care le-a suportat cu repararea aparatului de încărcare a cărbunelui.<sup>68</sup>

b) *General damages* sau daune morale care pot fi acordate doar persoanelor fizice (nu și persoanelor juridice) pentru pagubele<sup>69</sup> extra-patrimoniale sau nepatrimoniale suferite și care nu pot fi în concret cuantificate, cum ar fi de pildă *pretium doloris* care sunt acele atingeri aduse sentimentelor umane pentru durerea și suferința provocată de ilicitul civil. O instanță ar putea acorda daune morale pentru dureri fizice sau psihice, pierderea unei persoane apropiate (*pretium mortis*), pierderea unui consorțiu (pierderea emoțională și fizică a beneficiilor dintr-o relație conjugală), desfigurare, pierderea reputației, sau pierderea/deteriorarea capacităților fizice sau psihice.

2. *Punitive damages*<sup>70</sup> adeseori denumite și ca *exemplary damages* după cum sugerează și termenul pot fi traduse ca și daune punitive, acestea sunt acordate de către instanțe nu doar cu scopul de a-l pedepsi pe autorul ilicitului civil ci și de a descuraja pe alții de la o conduită similară. Impunerea acestora este adecvată doar atunci când comportamentul autorului este reprehensibil (reprobabil). Îndeobște, daunele punitive sunt aplicabile în cazul acțiunilor bazate pe fapte ilicite săvârșite cu intenție (*intentional torts*) și doar în rare cazuri în cele care au ca și teme fapte ilicite săvârșite din neglijență. Există totuși și anumite acțiuni bazate pe neglijență gravă (*gross negligence*<sup>71</sup>), ea putând fi definită ca un eșec intenționat de a îndeplini o obligație manifestă dintr-o nepăsare nechibzuită față de consecințele pe care un astfel de eșec le poate produce pentru dreptul de proprietate sau de viață al altuia.

Câteva observații pe marginea acestei instituții se impun. Astfel că, este de menționat că acest "remediu" de *punitive damages* (daune punitive) este considerat de către jurisprudența americană<sup>72</sup> drept o anomalie care nu își are locul în disciplina ilicitului civil și dur criticată de către doctrina juridică anglo-americană<sup>73</sup> deoarece contrazice, în primul rând, însuși scopul disciplinei ilicitului civil (*tort law*), acela de a pune părțile într-un *status quo ante* producerii faptei ilicite<sup>74</sup> -



de a reface echilibrul social conturbat de fapta reprobabilă - și în al doilea rând, dacă posibilitatea creării unui sistem de justiție privată lăsată la îndemâna persoanei prejudiciate, investind aceste persoane cum corect a observat profesorul Zipursky cu un drept de a "pedepsi"<sup>75</sup>.

Avem de a face cu o instituție aflată la granița dintre dreptul public și dreptul privat lucru care poate fi caracterizată prin neajunsul de a nu se încadra natural în niciuna din cele două. Remarcăm totuși, o tot mai mare apropiere a doctrinei române nu doar față de acest sistem *common law*, lucru îmbucurător, dar și apariția unor propuneri greu de procesat, momentan, referitoare la "transplantarea"<sup>76</sup> acestei instituții în dreptul român, lucru pe care nu îl percepem cu aceeași deschidere, datorită unei rațiuni mai vechi cu care s-a confruntat sistemul juridic român pe parcursul a patru decenii de subjugare socialistă, moment în care reparațiunea civilă era folosită, ca și pedeapsa penală, pentru educarea omului, pentru făurirea noii sale înfățișări morale<sup>77</sup>.

Deși instituția *estoppel* nu face obiectul studiului nostru, o celebră alegație dată cu ocazia pronunțării unei soluții de o instanță britanică pe această temă ne-a atras atenția, fiind constrânsi dintr-o rigoare epistemologică să o amintim în prezenta lucrare. Aceasta spunea că „dreptul trebuie folosit pe post de scut, și nu de sabie”<sup>78</sup>. Considerăm astfel oportună și sugestivă transpunerea acesteia în cadrul disciplinei ilicitului civil (*tort law*) însă o excluziune trebuie semnalată.

Prin urmare, atât interesul disciplinei cât și scopul central care guvernează sistemul reparatoriu este de a oferi persoanei prejudiciate un remediu defensiv pentru a-și reface *status quo-ului* anterior ivirii faptei și nicidecum oferirea unui instrument punitiv care ar contraveni justiției comutative<sup>79</sup> caracteristică acesteia.

ii. A doua mare categorie care formează sistemul reparatoriu al ilicitului civil (*tort law*) este compusă din *injunctiions*<sup>80</sup> pentru care am propune termenul în limba română de injoncțiune judiciară, astfel că el ar ține mai mult de partea procesuală a dreptului decât de cea substanțială.

Iar dacă ar fi să preluăm o definiție dintr-un celebru tratat scris în anul 1909, acesta spunea că „într-un sens general, orice hotărâre judecătorească care impune/obligă sau interzice este o injoncțiune judiciară; dar într-un sens legal acceptat, o injoncțiune este un proces judiciar sau mandat care operează *in personam*, bazându-se pe niște principii de echitate bine definite, din care reiese că o parte este obligată să facă sau să se abțină de la a face un anumit lucru.”<sup>81</sup>.

De asemenea „injoncțiunile judiciare au fost caracterizate ca și "brațul puternic" al echității care poate fi folosit doar pentru a preveni o daună ireparabilă pentru cel care caută protecția acestui remediu”<sup>82</sup>. Injoncțiunile judiciare pot fi de patru feluri<sup>83</sup>:

1. *Prohibitory injunctiions* sau injoncțiuni judiciare prohibitorii, care sunt hotărâri care obligă pârâtul să înceteze în a mai face un anumit lucru, spre exemplu, încetarea de a mai intra pe proprietatea unei anumite persoane fără drept. Marea majoritatea a injoncțiunilor judiciare sunt prohibitorii.

2. *Mandatory injunctiions* sau injoncțiuni judiciare obligatorii, acestea fiind hotărâri prin care pârâtul este obligat să facă un anumit lucru. Este de obicei folosit, dacă pârâtul săvârșește sau este pe cale de săvârși un ilicit civil. În cauza **Kelsen v. Imperial Tobacco Co (1957)**<sup>84</sup> pârâtul a fost obligat să înlăture un anunț publicitar, de o dimensiune de 2,5 metri, pe care l-a montat pe proprietatea reclamantului, printr-o injoncțiune judiciară obligatorie pentru că încălca dreptul de proprietate al reclamantului (*trespass*).

3. *Interim injunctiions (interlocutory injunction)* sau injoncțiuni judiciare provizorii, li se mai spune și interlocutorii, dar nu au aceeași semnificație juridică cu încheierile interlocutorii date

de către instanțele române. Prin injonțiune judiciară provizorie înțelegem acea măsură luată de către o instanță între începutul unui litigiu și *trial*<sup>85</sup>, de pildă atunci când instanța vrea să-l oprească pe pârât din a mai comite o faptă condamnabilă (*nuisance*) cum ar fi aceea de a face zgomot.

4. *Quia timet*<sup>86</sup> *injunction* sau injonțiunea judiciară *quia timet*, este de obicei acordată pentru împiedicarea săvârșirii a unui ilicit civil (*tort*) care este iminent în producere. Este un remediu destul de greu întâlnit.

### **Subsecțiunea 3. Sinteza unui sistem reparatoriu, concluzii de capitol**

Etapa finală a acestei triade, din partea a doua a lucrării de față, trebuie prefigurată prin sintetizarea celor expuse mai sus și indicarea câtorva idei punctuale pentru așezarea unei concluzii de capitol.

Am observat faptul că deși vorbim despre un sistem reparatoriu format sub o sursă intelectuală diferită de cea cunoscută nouă, înrădăcinată în dreptul roman, rațiunea cât și principiile directoare care îl cârmuiesc au în fond același scop pe care îl cunoaștem, și recunoaștem, încă din dreptul roman, acela al restabilirii egalității sociale odată ce aceasta a fost conturbată prin fapta ilictă, ilustrat prin adagiul latin drept *restitutio in integrum*. Pilonul central al sistemului reparatoriu al *tort law*-ului după cum am văzut este de a pune persoana prejudiciată într-o stare cât mai apropiată de starea în care se afla înainte de producerea ilicitului.

De asemenea, putem vedea o neobosită meta-economică preocupare a doctrinei anglo-americane de a avea un sistem reparatoriu în care un remediu efectiv devine o necesitate pragmatică, prioritizând bunăstarea socială pe baza unor coordonate de eficiență și minimalizare a costurilor. Trăsătură caracteristică sistemelor de tip *common law*, care sunt sisteme de tip pragmatic.

Partea cea mai voluminoasă a acestei secțiuni este reprezentată de o clasificare sistematică a remediilor care sunt puse la dispoziția părții prejudiciate de ilicitul civil, unele dintre ele regăsindu-se și în Codul civil român, altele care încă suscită dezbateri aprinse atât în doctrina anglo-americană cât și jurisprudență, nu fac parte *de lege lata* din sistemul nostru, deși există anumite propuneri îndrăznețe în acest sens. Am observat că aceste remedii pot fi atât de drept substanțial cât și procedural, iar că cele din urmă sunt o consacrare concretă „brațul puternic” a unei ideologii fundamentale în sistemele de tip anglo-saxon care este echitatea (*equity*).

### **Secțiunea 3. Ideografia unei lucrări, concluzii și reflecții**

Ținta noastră, arătată în capitolul introductiv, a fost aceea de a pune în lumină un sistem juridic încă neexplorat de către unii cititori, juriști de formație romanistică, și a le induce o mai afabilă preocupare pentru dimensiunea cultural juridică, și nu numai, pe care acest tip de sisteme anglo-saxone le oferă. Totodată am motivat alegerea acestui subiect ca pe un reflex al unei atitudini inconștiente în care am încercat să lăsăm la o parte ideologia sistemului formator și am ales avântarea spre un orizont juridico-spațial și temporal care de multe ori ni s-a părut copleșitor, însă această provocare ne-am asumat-o încă de la început și sperăm să o fi dus la capăt cât se poate de satisfăcător cu putință.

O primă observație pe care vrem să o supunem reflecției cititorului, care deși nu a făcut obiectul principal al studiului de față, atinge tangențial sistemul pe care l-am prezentat, merită expusă. Este aceea a jurisprudenței ca și izvor de drept. După cum bine se știe, jurisprudența (*case-law*) în sistemele de tip *common law* constituie un izvor de drept primordial pentru modelarea nu doar a sistemului ci și a societății care stă la baza acestuia.

În fond și la urma urmei, jurisprudența chiar dacă nu este izvor de drept în sistemele de tip continental, putem cu ușurință conchide faptul că, aceasta atât într-un sistem cât și în altul este o „sursă fundamentală a regulilor de drept” sau „jurisprudența este pentru lege izvorul tinereții”<sup>87</sup>, ea putând fi considerată sursă a progresului juridic și cea mai apropiată realitate de adaptare și reformare a normelor juridice, chiar dacă în sistemele descendente dreptului roman încă se refuză recunoașterea ei ca și izvor de drept. Am văzut încă de la început faptul că însăși expresia *tort law*-ului creează anumite dificultăți de limbaj odată făcută o conversiune în limba română datorită caracterului ambiguu al expresiei cât și a multiplelor înțelesuri pe care acesta le are în limba engleză, moment în care am realizat că avem de a face cu un subiect pluridisciplinar, deoarece așa cum spunea și profesorul britanic G. Samuel „într-adevăr, dreptul ilicitului civil (*tort law*) atestă faptul că nu va putea fi încadrat niciodată într-o disciplină a obligațiilor în sensul de a fi doar o categorie care este în opoziție cu disciplina drepturilor reale”<sup>88</sup>.

În acest sens am continuat spre o analiză punctuală etimologică a cuvântului *tort* și am constatat faptul că noțiunile derivate din acesta au o origine în limba latină și franceza veche, fiind utilizat de-a lungul timpului în cultura lingvistică engleză sub diferite înțelesuri care îl calificau ca o acțiune sau un act reprobabil de către valorile morale impuse de către societate. Odată clarificate rădăcinile etimologice ale cuvântului am făcut trecerea spre sensurile juridice, terminologice ale cuvântului și am constatat că prin *tort*, într-o accepțiune generală, înțelegem acea acțiune sau inacțiune cu un caracter eminentamente nelegal prin care se cauzează un prejudiciu care dă dreptul la dezdăunări persoanei prejudiciate, independent de vreo obligație izvorâtă dintr-un contract.

Așadar, având creionate rădăcinile etimologice și sensurile juridice ale subiectului predilect studiului nostru, am trasat o paralelă cu instituția delictului civil pentru a aduce la lumină anumite confuzii între cele două expresii, și am observat că nu se poate pune semnul echivalenței între cele două. De asemenea, eforturile noastre au fost încununuate prin propunerea unei noi terminologii, mai flexibile și omogene, în limba română a expresiei *tort law*-ului, aceea de ilicit civil.

Am configurat și o clasificare a acestei instituții a ilicitului civil (*tort law*) care are la bază elementul subiectiv al autorului faptei ilicite, selectând acele categorii de interes ale materiei care sunt cel mai des întâlnite în practica judiciară anglo-americană. Astfel după cum am văzut, acestea funcționează pe baza unui șablon general căruia i se poate adăuga, în funcție de situație, anumite reguli particulare proprii fiecărei subclasificări în parte. Având o mai bună înțelegere asupra dreptului ilicitului civil (*tort law*) partea a doua a lucrării am consacrat-o sistemului reparatoriu și a remediilor pe care această materie le pune la dispoziția persoanelor lezate prin fapta ilicită. Așa cum am văzut încă din prima subsecțiune, scopul concret al ilicitului civil este de a găsi un remediu efectiv pentru refacerea echilibrului rupt prin producerea faptei ilicite și restabilirea ordinii sociale *status quo ante* producerii acestuia. Scop care în celebrele monografii americane *Restatement (Second) of Torts* cât și în doctrina și jurisprudența anglo-americană, este ridicat la rang de principiu indispensabil oricărui sistem reparatoriu, el putând fi ilustrat prin adagiul latin drept *restitutio in integrum*.

Totodată am observat și faptul că prin utilizarea unei abordări meta-economice a *tort law*-ului, necesitatea unui remediu efectiv, este o trăsătură specifică sistemelor pragmatice cum sunt cele de tip *common law* (Anglia, S.U.A.), care își au rațiunea în implementarea de costuri minime și printr-o prioritizare a unui standard al eficienței care în final poate să ducă la menținerea bunăstării sociale.

În continuarea acestui demers am ales să prezentăm câteva tipuri și categorii de remedii care sunt puse la dispoziția persoanei prejudiciate în așa fel încât între autorul ilicitului și persoana lezată nu ar fi existat niciodată un raport juridic fiind în continuare ca doi "străini". Am remarcat astfel că există mai multe tipuri de daune, printre care sunt daunele compensatorii care pot fi cuantificabile din punct de vedere pecuniar (*special damages*) și care nu pot fi (*general damages*), sau daune care au ca și scop descurajarea conduitei ilicite similare (*punitive damages*). O altă clasificare este compusă din remedii de drept substanțial cum sunt cele arătate mai sus și remedii de drept procesual cum sunt de pildă injoncțiunile judiciare (*injunctions*).

În concluzie, sperăm că am adus o minimă contribuție în cristalizarea acestei materii a *tort law*-ului prin prezenta lucrare și că am dat posibilitatea cititorului de a păși într-un orizont juridic care nu poate decât să-l facă pe precedentul mai organic și mai solidar cu nevoile epocii în care trăim.

## GLOSAR

- **Assault** poate fi tradus prin substantivul asalt și e acea acțiune ilegală, imediată și forțată îndreptată asupra unei persoane.
- **Battery**, dacă *assault* este acțiunea atunci *battery* e finalitatea acțiunii ilegale și forțate asupra unei anumite persoane, care de cele mai multe rezultă într-o vătămare corporală.
- **Case-law** sunt acele norme de drept pronunțate de către instanțe prin hotărâri judecătorești. Ele includ și ansamblul cazurilor raportate privind interpretarea precedentelor judiciare, legilor (*statutes*), regulamentelor (*regulations*), și a dispozițiilor constituționale.
- **Common law** este acel sistem de drept dezvoltat pe baza cutumei și a hotărârilor judiciare în instanțele din Anglia și Statele Unite ale Americii (S.U.A.), care nu se sprijină pe norme pozitive.
- **Conversion** sau conversiune în limba română, este luarea, folosirea sau reținerea posesiei unui bun proprietatea personală a altuia.
- **Defamation (Slander)** sau defăimare, acel tip de ilicit civil (*tort law*) prin care se aduce atingere reputației unei persoane.
- **Duty of care** sau obligația de diligență și prudență, pentru a fi în prezența ei elementele de previzibilitate, proximitate, dreptate și bună credință trebuie să întrunească.
- **False imprisonment** sau lipsirea de libertate, este acea acțiune sau inacțiune de obstrucționare a libertății de mișcare a unei persoane fără o legală justificare.
- **Liability law** înțelegem acea responsabilitate juridică (*vinculum iuris*) care se naște în sarcina unei persoane odată cu încălcarea unei obligații legale.
- **Negligence** sau neglijența (*quasi-delict*) este acel tip de ilicit care se produce cel mai adesea atunci când o persoană suferă o vătămare/prejudiciu (*injury*) datorită neîndeplinirii a unei obligații de diligență și prudență.
- **Strict liability** sau răspunderea obiectivă este acel tip de răspundere independentă de vreo vină/intenție.

## BIBLIOGRAFIE SELECTIVĂ

### I. Bibliografie (Tort Law) Monografii, Manuale, Dicționare

1. **B. A. Garner**, Black's Law Dictionary (9th edition), WEST, 2009.
2. **Elizabeth A. Martin**, A Dictionary of Law (5th edition), Oxford University Press, 2003.
3. **Geoffrey Samuel**, Law of Obligations and Legal Remedies (second edition), Cavendish Publishing Limited, London and Sydney, 2001.
4. **Brendan Greene**, Course Notes Tort Law, Routledge Taylor & Francis Group, London and New York, 2013.
5. **Sir Frederick Pollock**, The Law of Torts: A Treatise on the Principles of Obligations arising from Civil Wrongs in the Common Law (Fourth edition), Stevens and Sons, London, 1895.
6. **K. W. Clarkson, R. L. Miller, F. B. Cross**, Business Law Text and Cases 13<sup>th</sup> edition, Cengage Learning, USA, 2013.
7. **Howard C. Joyce**, *A Treatise on the Law Relating to Injunctions*, Vol. 1, Ed. Matthew Bender & Company, Albany, N. Y., 1909.
8. American Heritage<sup>®</sup> Dictionary of the English Language, Fifth Edition, 2011, by Houghton Mifflin Harcourt Publishing Company.
9. **D. H. Cole, P. Z Grossman**, Principles of Law and Economics, Ed. Pearson Education Prentice Hall, Upper Saddle River, New Jersey, 2005.
10. **David G. Owen (editor)**, Philosophical Foundations of Tort Law, Publisher CLARENDON PRESS OXFORD, 1995.
11. **Martin P. Golding, William Edmundson**, Philosophy of Law and Legal Theory, Blackwell Publishing, 2005.

### II. Bibliografie (Tort Law) Articole, Studii, Note

1. **Benjamin C. Zipursky**, A Theory of Punitive Damages, Texas Law Review, vol. 84, no. 1, 2005.
2. **Bussani Mauro**, Current Trends in European Comparative Law: The Common Core Approach, Hastings International and Comparative Law Review, Vol. 21, 1998.
3. **Bussani Mauro, Infantino M.**, Tort Law and Legal Cultures, The American Journal of Comparative Law, Vol. 63, No.1, 2015.
4. **Cairns W. John**, English Torts and Roman Delicts: The Correspondence of James Muirhead and Frederick Pollock, Tulane Law Review, Vol. 87, No. 4, 2013.
5. **Dorfman Avihay**, What Is The Point Of Tort Remedy, The American Journal of Jurisprudence, Vol. 55, 2010.
6. **J. W. Salmond**, The Theory of Judicial Precedents, The Law Quarterly Review, No. LXIV, 1900, p. 387.
7. **Shapo S. Marshall**, An Essay on Torts: States of Argument, Faculty Working Papers. Paper 202, 2011.

8. **Wigmore H. John**, The Tripartite Division of Torts, Harvard Law Review 200, 1894.
9. **W. M. Landes și R. Posner**, Causation in Tort Law: an Economic Approach, The Journal of Legal Studies, vol. XII, January 1983
10. **W. M. Landes, R. A. Posner**, The Economic Structure of Tort Law, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987, p. 312.

### III. Bibliografie (Românească) Monografii, Tratatate, Manuale

1. **A. Tamba**, Intentional Torts. O cercetare a common law-ului american, ed. Hamangiu, 2015.
2. **Aristotel**, *Etica Nicomahică*, Ed. IRI, București, 1998.
3. **. Lupan**, Răspunderea civilă, ed. Accent, 2003.
4. **I. Deleanu**, Prolegomene juridice Studii și articole, Editura Universul Juridic, București, 2010
5. **Istrate Micescu**, Cours de drept civil, Editura ALL BECK, București, 2000.
6. **Gaius**, Instituțiile (dreptului privat roman), Traducere, studiu introductiv, note și adnotări de Aurel N. Popescu, Editura Academiei Republicii Socialiste România, București, 1982.
7. **L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu**, Tratat Elementar de Drept Civil – Obligațiile, ed. Universul Juridic, București, 2012.
8. **M. Djuvara**, Teoria generală a dreptului (Enciclopedia juridică). Drept național, izvoare și drept pozitiv, ed. All Beck, 1999.
9. **M. Eliescu**, Răspunderea civilă delictuală, ed. Academiei, București, 1974.
10. **P. Malaurie**, Antologia Gândirii Juridice, ed. Humanitas, București, 1997.
11. **P. Vasilescu**, Drept Civil Obligații, ed. Hamangiu, București, 2012.
12. **V. Stoica**, Drept Civil Drepturi Reale Principale (ediția a2-a), ed. C.H. BECK, București, 2013.

### IV. Bibliografie (Autohtonă) Reviste și Studii

1. **M. Floare**, Observații privind daunele punitive și oportunitatea introducerii lor în sistemele de drept civil de tip continental, Studia Universitatea Babeș-Bolyai –Jurisprudentia, nr. 2, 2014.

### V. Site-uri utilizate

- <http://heinonline.org/>
- <http://e-lawresources.co.uk/>
- <http://babel.hathitrust.org>
- <https://www.wcl.american.edu>
- <https://www.ali.org>

- \* Masterand (LL.M.), Louisiana State University, Paul M. Herbert Law Center, Baton Rouge, Louisiana; telecan.f.sebastian@gmail.com, stelec1@lsu.edu.
- <sup>1</sup> Sens pe care l-a atribuit regretatului profesor accentului axiologic (disciplină filosofică care se ocupă cu studiul valorilor) într-una dintre remarcabile opere din perioada interbelică *Orizont și stil* (1935).
  - <sup>2</sup> Spre exemplu, doctrina britanică spune că „Delictele în dreptul civil sunt mai mult sau mai puțin asemănătoare cu torts”, opinie la care nu achiesăm; „‘Delicts’ in civil law are more or less analogous to ‘torts’ in the common law.” - Geoffrey Samuel, *Law of Obligations and Legal Remedies* (Second Edition), Cavendish Publishing Limited, London and Sydney, 2001, p. 3, nota subsol 14.
  - <sup>3</sup> Pentru mai multe detalii, a se vedea, Istrate Micescu, *Curs de drept civil*, Editura ALL BECK, București, 2000, p. 112.
  - <sup>4</sup> „Old French: harm, wrong: from Latin tortus, twisted or crooked” - Elizabeth A. Martin, *A Dictionary of Law* (5th edition), Oxford University Press, 2003, p. 500.
  - <sup>5</sup> Edmund Spenser a fost unul dintre cei mai mari poeți ai Angliei, el a trăit în sec. XVI.
  - <sup>6</sup> „Tort is nothing but the French equivalent of our English word wrong, and was freely used by Spenser as a poetical synonym for it” - Sir Frederick Pollock, *The Law of Torts: A Treatise on the Principles of Obligations arising from Civil Wrongs in the Common Law* (fourth edition), Stevens and Sons, London, 1895, p. 2.
  - <sup>7</sup> „Middle English, injury, from Old French, from Medieval Latin tortum” - American Heritage® Dictionary of the English Language, Fifth Edition, 2011, by Houghton Mifflin Harcourt Publishing Company.
  - <sup>8</sup> Este o perioadă din istoria lingvistică engleză cuprinsă între anii 1066 (cucerirea insulei Britania de către William Cuceritorul) și sfârșitul secolului al XV-lea.
  - <sup>9</sup> Nu putem să nu constatăm faptul că acest cuvânt, injury (în engleză), tradus în limba română ca și prejudiciu corporal, este foarte apropiat ca și înțeles, nu doar lingvistic ci și juridic, de un „străbun” de a-l său introdus în Legea celor XII table sub denumirea de «in juria, (act comis) fără drept», care provoca ceea ce astăzi se numește prejudiciu corporal sau fizic, pentru mai multe detalii referitoare la o interesantă evoluție istorică și intelectuală asupra acestui subiect, a se vedea, P. Vasilescu, *Drept Civil Obligații*, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 549 și urm.
  - <sup>10</sup> „A wrongful act or omission for which \*damages can be obtained in a civil court by the person wronged, other than a wrong that is only a \*breach of contract. The law of tort is mainly concerned with providing compensation for personal injury and property damage caused by \*negligence” - Elizabeth A. Martin, op. cit., p. 500.
  - <sup>11</sup> „A civil wrong, other than breach of contract, for which a remedy may be obtained, usu. in the form of damages; a breach of a duty that the law imposes on persons who stand in a particular relation to one another” - B.A. Garner, *Black’s Law Dictionary* (9th edition), WEST, 2009, p. 1626.
  - <sup>12</sup> „A tort is an act or omission giving rise, in virtue of the common law jurisdiction of the Court, to a civil remedy which is not an action of contract” - Sir Frederick Pollock, op. cit., p. 4.
  - <sup>13</sup> Întrucât la fel cum spunea un autor englez, „este mai ușor să definești un tort, mai degrabă, enumerând lucrurile care nu este decât ce este” având în vedere spectrul larg de cuprindere pe care îl are – „It might be possible to define a tort by enumerating the things that it is not” - B.A. Garner, *Idem*, p. 1626.
  - <sup>14</sup> Pentru mai multe detalii privind evoluția istorică a surselor dreptului civil a se vedea, Gaius, *Instituțiile (dreptului privat roman)*, Traducere, studiu introductiv, note și adnotări de Aurel N. Popescu, Editura Academiei Republicii Socialiste România, București, 1982, p. 217 și urm.
  - <sup>15</sup> Istrate Micescu, op. cit., p. 111.
  - <sup>16</sup> P. Vasilescu, op. cit., p. 547.
  - <sup>17</sup> Pentru o analiză mai amănunțită între diferențele de sisteme aduse de către cele două noțiuni a se vedea, Geoffrey Samuel, op. cit., p. 434-438.

- <sup>18</sup> „The history of the law of delict and tort is of interest in Europe not just because it explains the modern law, but equally because it highlights the changing nature of the subject, particularly since the promulgation of the codes. It also shows how the philosophy behind the subject, perhaps once a shared philosophy, is now diverging as between systems... There is, therefore, an important social dimension that in many ways proves more evident than the existence of positive rules.” Geoffrey Samuel, *idem*, p. 433.
- <sup>19</sup> „(1) to provide a peaceful means for adjusting the rights of parties who might otherwise “take the law into their own hands”; (2) to deter wrongful action; (3) to encourage socially responsible behavior; and, (4) to restore injured parties to their original condition, by compensating them for their injury.” [https://www.wcl.american.edu/sba/outline\\_databank/outlines/Torts\\_Popper.pdf](https://www.wcl.american.edu/sba/outline_databank/outlines/Torts_Popper.pdf).
- <sup>20</sup> Pentru o explicație completă și aprofundată asupra noțiunii de *civil wrong*, a se vedea, David G. Owen (editor), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Publisher Clarendon Press Oxford, 1995, p. 33-52.
- <sup>21</sup> De aceeași părere este și doctrina engleză, pentru mai multe detalii, a se vedea, B.A. Garner, *Idem*, p. 492.
- <sup>22</sup> „Un delict civil nu este altceva decât o neîndeplinire a unei obligații legale, datorată reclamantului, pentru încălcarea unui contract sau îndeplinirea obligației de restituire a prestațiilor în cazul unei îmbogățiri fără justă cauză” - „A civil wrong is no more than a breach of legal duty owed to a plaintiff or a failure to perform a contract or to fulfil an obligation to make restitution of unjust enrichment” – David G. Owen (editor), *op. cit.*, p. 33.
- <sup>23</sup> Pentru o definiție complexă a răspunderii civile delictuale, a se vedea, P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 564.
- <sup>24</sup> „In a classic series of articles a half century ago, Dean Green declared that tort law was public law in disguise” - Shapo S. Marshall, *An Essay on Torts: States of Argument*, Faculty Working Papers. Paper 202, 2011, p. 580.
- <sup>25</sup> „Săvârșirea unui ilicit constând în încălcarea unei obligații de prudență și diligență prin producerea unei daune reclamantului.”, „A tort consisting of the breach of a \*duty of care resulting in damage to the claimant.” - Elizabeth A. Martin, *op. cit.*, p. 327-328.
- <sup>26</sup> Câteva exemple de tort negligence sunt, accidente de mașină, marea majoritatea cazurilor medicale de malpraxis, etc.
- <sup>27</sup> Quasi-delictul este actul prin care s-a adus altuia o daună fără intenție directă, printr-o intenție indirectă, cum am mai numit-o printr-o neglijență. Pentru mai multe detalii referitoare la acest izvor de obligații, a se vedea, M. Djuvara, *Teoria Generală a Dreptului* (Enciclopedia juridică) *Drept Național*, Izvoare și Drept Pozitiv, ed. All Beck, 1999, p. 235-239.
- <sup>28</sup> *Liability* poate fi tradus prin termenul de responsabilitate juridică și are aceeași semnificație juridică ca și în limba română, pentru mai multe detalii, a se vedea, B.A. Garner, *op. cit.*, p. 997.
- <sup>29</sup> „A precedent, therefore, is a judicial decision which contains in itself a principle” - J. W. Salmond, *The Theory of Judicial Precedents*, *The Law Quarterly Review*, No. LXIV, 1900, p. 387.
- <sup>30</sup> Pentru o abordare pragmatică (economică) a cauzei în disciplina *tort law*-ului, sau cum poți transforma un lucru atât de abstract precum cauza într-unul concret, cuantificabil, a se vedea un interesant articol, W. M. Landes și R. Posner, *Causation in tort law: an economic approach*, *The Journal of Legal Studies*, vol. XII, January 1983, p. 109-134.
- <sup>31</sup> P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 547.
- <sup>32</sup> Valențele acestuia sunt dintre cele mai variate putând fi utilizat în foarte multe împrejurări și raporturi juridice, spre pildă *strict liability* (răspundere obiectivă) sau *vicarious liability* (răspunderea angajatului pentru fapta prepusului) sau *tax liability* (obligație fiscală).
- <sup>33</sup> *Liability law* sau *tortious liability* înseamnă „Acea răspundere care se naște dintr-o încălcare a obligației (1) fixată în principal de către lege, (2) este datorată în general persoanelor, și (3) când este încălcată, pot fi obținute daune-interese printr-o acțiune reparatorie.” - „Liability that arises from the breach of a duty that (1) is fixed primarily by the law, (2) is owed to persons generally, and (3) when breached, is redressable by an action for unliquidated damages” - B.A. Garner, *Idem*, p. 998.



- <sup>34</sup> Trebuie să menționăm faptul că noțiunile fiecărei specii de tort în parte pe care urmează să le expunem au fost preluate din lucrarea scrisă de către, K. W. Clarkson, R. L. Miller, F. B. Cross, Business Law Text and Cases 13<sup>th</sup> edition, Cengage Learning, USA, 2013, p. 118-140, de asemenea, am ales să nu mai arătăm pentru fiecare noțiune în parte și textul în limba engleză din motive de sinteză, mai trebuie precizat faptul că structura și ordinea clasificărilor ne aparține.
- <sup>35</sup> Ca și referință generală pentru subsecțiunea respectivă indicăm lucrarea, *ibidem*.
- <sup>36</sup> Prin cuvântul injury putem înțelege „acea încălcare a dreptului legal al unei persoane pentru care legea prevede un remediu” – „The violation of another’s legal right, for which the law provides a remedy”, B.A. Garner, op. cit., p. 856.
- <sup>37</sup> Brendan Greene, Course Notes Tort Law, Routledge Taylor & Francis Group, London and New York, 2013, p. 1-2.
- <sup>38</sup> „De aici și diferența între răspunderea obiectivă și ilicitele civile săvârșite din neglijență, întrucât, prima este independentă de vreo vină în speță pe când în cazul ultimei trebuie identificată o vină, de pildă, persoana respectivă a acționat neglijent.”-, Brendan Greene, *idem*, p. 94.
- <sup>39</sup> *Ibidem*.
- <sup>40</sup> Pentru mai multe detalii interesante despre evoluția teroriei riscului, a se vedea, P. Vasilescu, op. cit., p. 559-562
- <sup>41</sup> P. Vasilescu, *idem*, p. 557-559.
- <sup>42</sup> „Tort law systems whose exterior, official wrappings are apparently identical or fairly similar may nevertheless produce different applications” – M. Bussani, M. Infantino, Tort Law and Legal Cultures, The American Journal of Comparative Law, Vol. 63, No.1, 2015, p. 80.
- <sup>43</sup> Câteva exemple sunt Marea Britanie și Noua Zeelandă sau SUA și India sau anumite reglementări din Codul civil etiopian, pentru mai multe detalii referitoare la prezentele exemple, a se vedea, M. Bussani, M. Infantino, *idem*, p. 81-83.
- <sup>44</sup> P. Malaurie, Antologia gândirii juridice, ed. Humanitas, București, 1997, p. 34.
- <sup>45</sup> A. Dorfman, What Is The Point Of Tort Remedy, The American Journal of Jurisprudence, Vol. 55, 2010, p. 114, nota subsol 39.
- <sup>46</sup> Interesantă este și evoluția acestui remediu, care nu dintodeauna a avut aceleași priorități convenționale, spre exemplu profesorul Pollock în tratatul său, citat în dese rânduri, evocă utilizarea unei modalități extra-judiciare de reparare a prejudiciului prin aceea a *self-help*, adică persoana prejudiciată își înfăptuie singur dreptatea spunând că „suntem îndreptățiți să combatem violența cu violență, nu pentru repararea prejudiciului ci pentru prevenirea acestuia” „we are allowed to repel force by force not for the redress of injuries but for their prevention” – Sir F. Pollock, op. cit., p. 167.
- <sup>47</sup> Un astfel de remediu extra-judiciar există de lege lata și în dispozițiile art. 1391 alin. (3) coroborate cu art. 2267 ale Codului Civil român care fac referire la o iertare de plată făcută de victimă prin intermediul unei tranzacții, pentru mai multe detalii, a se vedea, P. Vasilescu, op. cit., p. 666.
- <sup>48</sup> De asemenea consacrat, de lege lata, și în dispozițiile art. 1385 alin. (1) ale Codului civil român.
- <sup>49</sup> Acestea pot fi calificate ca niște monografii jurisprudențiale, pe care se bazează și citează în dese rânduri instanțele judecătorești sau juriști americani, cuprinzând analize și discuții doctrinare pe baza unor reguli particulare, ele au fost fondate încă din anul 1923 de către Institutul American de Drept: <https://www.ali.org/about-ali/creation/>.
- <sup>50</sup> „The law of torts attempts primarily to put an injured person in a position as nearly as possible equivalent to his position prior to the tort”- A. Dorfman, op. cit., p. 105.
- <sup>51</sup> *Ibidem*.
- <sup>52</sup> Pentru mai multe detalii, referitoare la acest principiu, a se vedea, P. Vasilescu, op. cit., p. 565-567.
- <sup>53</sup> Spre exemplu din cauza pierderii unui membru sau distrugerea completă a bunului.

- <sup>54</sup> „...The rules of the Anglo-American common law of torts are best explained as if designed to promote efficiency in the sense of minimizing the sum of expected damages and costs of care; or, stated differently that the structure of common law of torts is economic in character. ....The logic of common law is an economic logic” - W. M. Landes, R. A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987, p. 312.
- <sup>55</sup> „The three sets of costs involved in any tort or potential tort situation are (1) the costs of taking precautions to avoid the tort; (2) the costs associated with the tort, if it occurs; and (3) the administrative costs associated with resolving tort disputes” - D. H. Cole, P. Z. Grossman, *Principles of Law and Economics*, Ed. Pearson Education Prentice Hall, Upper Saddle River, New Jersey, 2005, p. 214.
- <sup>56</sup> Fost profesor, la Facultatea de Drept din Yale, și decan al aceleiași facultăți, el fiind considerat alături de un alt autor citat mai sus, Richard A. Posner, fondator al ramurii de drept și economie care analizează aspectele economice ale dreptului.
- <sup>57</sup> „The chief goal of tort law, according to Judge Guido Calabresi, is to minimize the sum of these three costs.” – Ibidem.
- <sup>58</sup> „Tort law, that is, selects a base-line that promotes efficiency by informing the deliberation toward action of the rational maximizer by way of imposing liability for failing to take costs justified precautions.”- A. Dorfman, loc. cit, p. 113.
- <sup>59</sup> D. H. Cole, P. Z. Grossman, op. cit., p. 244.
- <sup>60</sup> A. Dorfman, loc. cit, p. 105-162.
- <sup>61</sup> D. H. Cole, P. Z. Grossman, op. cit., p. 244.
- <sup>62</sup> A. Dorfman, loc. cit, p. 114.
- <sup>63</sup> Geoffrey Samuel, op. cit., p. 263.
- <sup>64</sup> Trebuie să menționăm faptul că noțiunile fiecărei categorii de remedii ale ilicitului civil (tort law) pe care urmează să le expunem au fost preluate din lucrarea scrisă de către, K. W. Clarkson, R. L. Miller, F. B. Cross, op. cit., p. 118-134, de asemenea, am ales să nu mai arătăm pentru fiecare noțiune în parte și textul în limba engleză din motive de sinteză, totodată mai trebuie precizat faptul că structura și ordinea clasificărilor ne aparțin.
- <sup>65</sup> „Daunele sunt acele sume de bani pe care autorul unui ilicit este obligat să le plătească persoanei prejudiciate cu titlu de compensație”, „Damages are the sum of money which a person wronged is entitled to receive from the wrongdoer as compensation for the wrong” - B.A. Garner, op. cit., p. 445.
- <sup>66</sup> „Damages are compensation for the claimant. The aim of damages in tort is to put the claimant in the position they would have been in if the tort had not been committed. This principle is known as restitutio in integrum.” – Brendan Green, op. cit., p. 173.
- <sup>67</sup> Decizia Cuții Supreme de Justiție dată în 1876 dată în speța *Birdsall v. Cooldige* 93 U.S. 64 care confirmă că cei doi termeni sunt unul și același lucru <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/93/64/case.html>.
- <sup>68</sup> *Bessemer & Lake Erie Railroad Co. v. Seaway Marine Transport*, 357 F.3d596 (6th Cir. 2010).
- <sup>69</sup> În acest caz am evitat să folosim termenul de prejudiciu întrucât conform doctrinei române în acest caz, al daunelor morale, dauna nu are o substanță patrimonială iar termenul de prejudiciu este traducerea patrimonială a daunei (și nu numai), pentru mai multe detalii, a se vedea, P Vasilescu, op. cit., p. 572.
- <sup>70</sup> „Daune acordate adițional pe lângă cele compensatorii când pârâtul a avut o conduită nechibzuită, dolosivă, sau de inducere în eroare”, „ Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with recklessness, malice, or deceit” - B.A. Garner, op. cit., p. 448.

- <sup>71</sup> „O lipsă de diligență rezonabilă sau de prudentă”, „A lack of slight diligence or care” - B.A. Garner, op. cit., p. 1134.
- <sup>72</sup> Fay v. Parker, 53 N.H. 342, 382 (1873) caracterizează integrarea daunelor punitive în disciplina *tort law*-ului drept o anomalie; un alt caz ar fi, Rugg v. Tolman, 117 P. 54, 57 (Ut. 1911), unde s-a precizat că „Dreptul nu poate, cum nici natura lucrurilor nu poate, permite acordarea de daune punitive pentru simplă neglijență”, „The law does not, and in the nature of things cannot, allow exemplary or punitive damages for mere negligence” - A. Dorfman, loc. cit, p. 141
- <sup>73</sup> David L. Walther and Thomas A. Plein, Punitive Damages - A Critical Analysis: Kink v. Combs, 49 MARQ. L. REV. 369 (1965); a se vedea și Charles T. McCormick, Some Phases of the Doctrine of Exemplary Damages, 8 N.C. L. Rev. 129 (1930); de asemenea un alt articol interesant ar fi și cel scris de Benjamin C. Zipursky, A theory of punitive damages, Texas Law Review, vol. 84, no. 1, 2005.
- <sup>74</sup> A. Dorfman, idem, p. 140.
- <sup>75</sup> A. Dorfman, idem, p. 144.
- <sup>76</sup> Pentru mai multe detalii, a se vedea, Marius-Ioan Floare, Observații privind daunele punitive și oportunitatea introducerii lor în sistemele de drept civil de tip continental, Studia Universitatea Babeș-Bolyai –Iurisprudentia, nr. 2, 2014.
- <sup>77</sup> M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1972, p. 32.
- <sup>78</sup> Combe v. Combe, 2 KB, 215 (1951).
- <sup>79</sup> Prin care, de pildă, în viziunea lui Aristotel asupra justiției comutative, dreptatea în raporturile private constă într-un fel de egalitate, iar nedreptatea într-un fel de inegalitate bazată pe o proporție aritmetică (ține cont doar pe o egalitate naturală între persoane făcând abstracție de merit sau poziție socială) diferită de proporția geometrică (care se bazează mai mult pe merit) caracteristică justiției distributive – Aristotel, *Etica Nicomahică*, Ed. IRI, București, 1998, Cartea aV-a, cap. 4, paragraf 25-30, p. 109.
- <sup>80</sup> „O hotărâre judecătorească care obligă sau previne o anumită acțiune”, „ A court order commanding or preventing an action” - B.A. Garner, op. cit., p. 855.
- <sup>81</sup> „In a general sense, every order of a court which commands or forbids is an injunction; but in its accepted legal sense, an injunction is a judicial process or mandate operating *in personam* by which, upon certain established principles of equity, a party is required to do or refrain from doing a particular thing” Howard C. Joyce, *A Treatise on the Law Relating to injunctions*, Vol. 1, Ed. Matthew Bender & Company, Albany, N. Y., 1909, §1, p.2.
- <sup>82</sup> „Injunctions has been styled the “strong arm” of equity to be used only to prevent irreparable injury to him who seeks its aid” - Howard C. Joyce, *idem*, §2, p. 4.
- <sup>83</sup> Trebuie să menționăm faptul că noțiunile fiecărei subcategorii de injonțiuni pe care urmează să le expunem au fost preluate din lucrarea scrisă de către, Brendan Green, op. cit., p. 177-178, de asemenea, am ales să nu mai arătăm pentru fiecare noțiune în parte și textul în limba engleză din motive de sinteză.
- <sup>84</sup> Kelson v. Imperial Tobacco Company, 2 QB 344 (1957).
- <sup>85</sup> „O examinare judiciară formală a probelor și determinarea temeiurilor legale într-o procedură contradictorie”, „A formal judicial examination of evidence and determination of legal claims in an adversary proceeding” - B.A. Garner, op. cit., p. 1644.
- <sup>86</sup> Traducerea din limba latină este „pentru că se teme” și „este o doctrină care permite oricărei persoane să caute o ușurare echitabilă față de viitoare și probabile daune cauzate unui drept sau interes specific”, „because he fears, A legal doctrine that allows a person to seek equitable relief from future probable harm to a specific right or interest” – B.A. Garner, *idem*, p. 1367.
- <sup>87</sup> I. Deleanu, Prolegomene juridice Studii și articole, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 87.

---

<sup>88</sup> „In truth, the law of torts bears witness to the fact that it can never be an obligations category in the sense of being a category that stands in contrast to a law of property category” - Geoffrey Samuel, op. cit., p. 263.

## RETROSPECTIVĂ ASUPRA ORIGINII ACTULUI JURIDIC UNILATERAL

Oana Bianca CĂBULEA\*

**Abstract.** *Retrospective on the origin of the unilateral juridical act.* In this paper we tried to show that in civil law, if we admit the existence of the juridical unilateral act, its being is not due to the testament, which was seen over time as a simple state of affairs. To this end, we first examined the concept of legal act and tried to identify a criterion in order to delimit it from the legal fact. The conclusion was that the distinction between these two categories is based on the will required in order to have legal effects, but taking into consideration only those effects that are characteristic of the specific act, namely those related to its cause.

After that, we made a brief foray into Roman law and, analyzing testamentary forms accepted by the Romans, we concluded that the will was not born as a legal act and has not been included in this category. The problem of the legal nature of the testament was not questioned at that time as long as it represented a figure that could not be legally treated in the same way as the mechanisms that were included in the category of the sources of obligations. The testament is remarkable in that it never produces effects in respect of its author, unlike juridical unilateral acts which always have bilateral effects. Another important aspect is that in matters of succession, the situation is different from the classical scheme of generating legal effects through one's will.

**Keywords:** *unilateral, legal acts and legal facts, will required in order to create legal effects, testament*

**Cuvinte-cheie:** *unilateral, acte juridice și fapte juridice, testament*

### Originea actului juridic unilateral în dreptul privat

Considerăm că analiza conceptului de act juridic unilateral poate fi realizată doar pe baza unei viziuni de ansamblu asupra modului în care a luat naștere această instituție în dreptul privat. În rândurile ce urmează, vom încerca să schițăm câteva observații preliminare cu privire la noțiunea de act juridic (1) și să realizăm o delimitare a acestuia față de faptul juridic (2). Lămurirea acestor noțiuni ne va ajuta în continuare să determinăm dacă sursa actului juridic unilateral în dreptul privat se află în testament, considerat astăzi actul unilateral tipic (3).

### Trăsăturile actului juridic

În ciuda amplitudinii și a caracterului lor esențial, reperele fundamentale ale dreptului sunt deseori reduse la concepte vagi și insuficient definite, fiind tratate marginal în literatura de specialitate. Așa stau lucrurile și în ceea ce privește actul juridic. Cu toate că apelăm mereu

la această noțiune ca la una clară și suficient înțeleasă, constatăm totuși că ideea de act juridic este imprecis conturată. Deși doctrina juridică abundă de definiții ale actului juridic, observăm că toate preiau definiția contractului și nu fac altceva decât să realizeze o descriere volițională a acestui concept. Această împrejurare este explicabilă prin prisma faptului că nucleul dur este reprezentat de contract atât în cadrul teoriei autonomiei de voință, cât și în concepția utilitaristă. Regulile dezvoltate în privința convențiilor se aplică, prin extensie, actului juridic în ansamblul său.

Actul juridic civil a fost definit ca fiind „manifestarea de voință făcută cu intenția de a produce efecte juridice, adică de a crea, modifica sau stinge raporturi juridice civile”<sup>1</sup>. Un alt autor spunea că „un act de voință e zis act juridic când el are de scop direct și imediat și de obiect de a crea un raport cu alte persoane cu privire la una dintre puterile, facultățile și aptitudinile cuprinse în câmpul de drept subiectiv al autorului actului”<sup>2</sup>. Actele juridice au mai fost descrise ca „acorduri de voință sau manifestări de voință individuale ale persoanelor fizice și persoanelor juridice făcute, cu respectarea sau în executarea legii, cu intenția de a produce efecte juridice”<sup>3</sup>. O altă definiție, mult mai simplă, dar cuprinzătoare, este cea conform căreia „actul juridic este o acțiune prin care omul caută cu lumânarea un anumit efect juridic”<sup>4</sup>. Altfel spus, „actul juridic civil este instrumentul predilect pus la îndemâna participanților la circuitul juridic pentru realizarea drepturilor lor subiective și intereselor protejate de lege”<sup>5</sup>.

În ceea ce privește contractul, s-a spus că acesta reprezintă „un acord de voință între două sau mai multe persoane realizat cu intenția lor de a produce efecte juridice, cu respectarea sau în executarea legii, efecte care altfel nu s-ar putea produce”<sup>6</sup>. Convenția a mai fost definită ca fiind „angajamentul prin care două sau mai multe persoane își manifestă voința concordantă de a crea, modifica sau stinge un raport juridic”<sup>7</sup>. Legiuitorul a definit și el contractul în cuprinsul art. 1166 C.civ., respectiv „acordul de voințe dintre două sau mai multe persoane cu intenția de a constitui, modifica sau stinge un raport juridic”. Elementul esențial al contractului este acordul de voințe al părților, considerându-se că „nu există contract acolo unde nu a fost constatat faptul că cele două părți au vrut aceasta, însă nu este nici acolo unde fiecare a vrut în solitudine”<sup>8</sup>.

Potrivit art. 1324 C.civ., este unilateral actul juridic care presupune numai manifestarea de voință a autorului său. În doctrină, actul juridic unilateral a fost definit ca fiind „o declarație unilaterală de voință emisă fie în sensul de a genera, modifica sau a stinge o instituție civilă, fie cu scopul de a găsi acceptarea”<sup>9</sup>.

Deducem din analiza acestor definiții că actul juridic reprezintă o operațiune la baza căreia se află voința juridică exteriorizată, iar contractul și actul unilateral sunt specii ale acestui gen proxim. Originea lor de ordin subiectiv, concretizată în consimțământ, constituie numitorul comun al acestora. Orice act reprezintă, așadar, o exteriorizare conștientă a voinței, a ideii de a atinge un anumit scop. Este interesant totuși acest paradox: deși convenția este o subdiviziune a actului juridic, regulile aplicabile sunt stabilite în sens contrar concepției umane, plecând de la specie spre gen. Curios este și că aceste reguli se aplică, prin analogie, și celeilalte specii, respectiv actului unilateral.

Gestul se diferențiază de act deoarece nu este conștient, ci involuntar și intempestiv, nefiind realizat cu intenția de a produce efecte. Eventualele consecințe atașate gestului nu sunt dorite și apar întâmplător<sup>10</sup>. Trăsăturile esențiale ale actului juridic ar fi, astfel, voința exteriorizată și scopul în care este manifestată aceasta, respectiv producerea efectelor juridice. Pornind de la ideea că actul reprezintă o manifestare exterioară și conștientă a persoanei, făcută cu scopul de a atinge o finalitate, constatăm că nu orice act este și juridic. Ba din contră, majoritatea actelor înfăptuite de oameni nu sunt juridice, ci simple manifestări volitive<sup>11</sup>.

Voința, ca mijloc de reglare psihică a activității este alcătuită, în esență, dintr-un scop și reprezentarea acestuia, efectul final, imaginea situației în care se va realiza scopul propus și imaginea acțiunii ce urmează a fi realizată<sup>12</sup>. Pentru componenta juridică a voinței prezintă relevanță deosebită două elemente, respectiv hotărârea exteriorizată și motivul determinant. Cel mai important factor creator de raporturi juridice civile presupune *eo ipso* investigarea elementului volitiv al universului psihologic uman deoarece voința psihologică este doar ingredientul *de facto* al voinței juridice<sup>13</sup>.

Procesul psihologic al formării consimțământului generează voința internă, care, pentru a produce efecte juridice, urmează a fi obiectivată în voința declarată. Nu vom intra în detalii cu privire la sistemele propuse pentru a determina preeminența uneia din cele două voințe (reală sau exprimată), rezumându-ne să menționăm că legiuitorul român acordă prioritate voinței interne, însă numai în măsura în care aceasta poate fi dovedită. Potrivit art. 1266 alin. 1 C.civ., contractele se interpretează după voința concordantă a părților, iar nu după sensul literal al termenilor, alineatul 2 statuând că pentru stabilirea voinței concordante se va ține seama, între altele, de scopul contractului, de negocierile purtate de părți, de practicile statornicite între acestea și de comportamentul lor ulterior încheierii contractului.

Din cuprinsul definițiilor menționate remarcăm și faptul că unele dintre acestea se mărginesc să reducă actul la consimțământul exprimat pentru a produce efecte juridice, iar altele adaugă că aceste efecte se vor produce doar în limita în care dreptul obiectiv le recunoaște ca fiind obligatorii, adică juridice. Se remarcă astfel, chiar și la nivelul definiției actului juridic, tensiunea care există între concepția subiectivă și cea obiectivă asupra actului<sup>14</sup>. Voința juridică este fundamentul actului juridic, dar este clar că aceasta nu poate să producă efecte decât în cadrul dreptului obiectiv care îi recunoaște acest rol, având în vedere utilitatea sa economică și socială. Prin urmare, menționarea ordinii de drept obiective în cuprinsul definiției se limitează doar la rolul de a sublinia că emitentul sau părțile unui act sunt obligate să respecte limitele trasate de ordinea juridică, nefiind suverane.

Referitor la efectele juridice ale voinței, menționăm că acestea nu se rezumă strict la raporturile juridice generate de act, atâta timp cât acesta din urmă poate fi înțeles și ca o procedură generatoare de norme private<sup>15</sup>. Într-adevăr, efectele specifice ale actului juridic sunt chiar raporturile concrete urmărite de voință, manifestată singură sau rezultată din acord. Conținutul legăturii juridice generate de act, constând în drepturile și obligațiile asumate de părți, este întotdeauna patrimonial, dacă ne raportăm la contracte. În ceea ce privește actul unilateral, caracterul acestuia poate fi atât patrimonial, cât și extrapatrimonial.

Chestiunea discutabilă este raportul de cauzalitate dintre voința juridică manifestată și efectele juridice urmărite prin conducerea actului în circuitul civil. Concepția actului juridic

depinde atât de ceea ce înțelegem prin voință, cât și de relația care există între voință și efectele juridice atașate de comportamentul subiectului de drept<sup>16</sup>. Considerăm că elementul subiectiv, respectiv intenția persoanei/persoanelor ca manifestarea sau acordul de voință să producă efecte juridice, nu este suficient pentru a realiza o definiție cuprinzătoare a actului juridic civil. Este nevoie de un element suplimentar care să dea sens juridic declarației de voință și să o transforme într-o situație juridică, conducând spre efectele actului. Aceasta este cauza juridică. Precizăm că nu importă motivul intern, cauza subiectivă, ci este necesar ca autorii actului să se manifeste cu intenția de a genera raporturi juridice. Această caracteristică a actului juridic, înțeasă ca legătură dintre elementele subiective și cele obiective ale actului, asigură atât determinarea motivelor de ordin subiectiv, cât și integrarea actului în ordinea juridică. Rolul cauzei este de a impune recunoașterea actului ca sursă de raporturi juridice și de a activa forța sa obligatorie. Actul juridic este condus de interesul persoanei, care urmărește producerea anumitor consecințe juridice, iar caracterul juridic al cauzei conferă acestuia valențe juridice, pe lângă cele sociale. A voi juridic este consimțământul ghidat de discernământ și interesul propriu. Voința juridică este formată din consimțământ și cauza acestuia, care asigură ghidarea voinței către exterior. În lipsa cauzei, a scopului juridic, consimțământul nu generează decât o stare de fapt. Manifestările sau acordurile de voință făcute fără intenția de a produce efecte juridice, adică cele lipsite de cauză juridică, nu pot fi niciodată calificate drept acte juridice. De asemenea, acestea nu se subscriu în mod necesar categoriei faptelor juridice, chiar dacă nu este exclus ca ele să genereze uneori efecte juridice. Asemenea gesturi sunt, de pildă, actele de complezență, actele de asistență gratuită și angajamentele asumate pe onoare<sup>17</sup>.

Activitățile specifice actelor de complezență au un corespondent în prestații juridice, dar nu se confundă cu actele juridice care generează astfel de raporturi. În cazul în care acestea sunt derulate în mod ilicit și provoacă prejudicii, ele pot fi încadrate în categoria faptelor juridice ilicite și pot să atragă răspunderea delictuală. Pe de altă parte, înțeles ca procedură specifică din care iau naștere norme private în conținutul cărora sunt incluse și raporturile de drept, actul juridic poate excede sferei patrimoniale. Norma privată nu poate fi confundată cu raportul juridic obligațional sau real pe care îl înglobează, atâta timp cât nici actul juridic nu poate fi confundat cu contractul. Aceasta deoarece există numeroase acte juridice a căror caracteristică principală nu este faptul că sunt surse de obligații (de pildă, tranzacția, remiterea de datorie, actele de renunțare la drept). Așa cum s-a demonstrat în doctrină, exemplul cel mai sugestiv este reprezentat de contractul încheiat sub condiție suspensivă, urmărit în perioada *pendente conditione*<sup>18</sup>. Acțiunile creditorului și ale debitorului, de la momentul încheierii actului și până la împlinirea condiției, pot fi justificate din punct de vedere juridic exclusiv de existența unei norme private. Prin urmare, caracterul obligatoriu al actului juridic, inclusiv în cazurile în care acesta nu are un conținut obligațional, este explicat de această dispoziție particulară născută din voință. Așa poate fi justificată și opozabilitatea drepturilor de creanță, terții fiind datori să respecte situația juridică tocmai în temeiul normei juridice apărute în ordinea de drept. Putem să desprindem din cele menționate anterior că definatorii pentru actul juridic sunt atât voința declarată și exteriorizată, cât și scopul care a impulsionat manifestarea voinței. Nu trebuie pierdute din vedere însă nici efectele urmărite prin crearea actului, respectiv generarea raporturilor juridice sau a normelor private.



### Delimitarea dintre act juridic și fapt juridic

Pentru a putea examina în cunoștință de cauză criteriul care stă la baza acestei clasificări, vom face mai întâi o trecere în revistă a evoluției sale (1), pentru ca apoi să analizăm rolul pe care îl joacă voința umană în producerea efectelor juridice, prin prezentarea criteriilor de distincție și trecerea în revistă a unor situații concrete (2).

### Evoluția clasificării

În dreptul civil, actul juridic este opus faptului juridic și, împreună, reprezintă binomul sursei drepturilor subiective<sup>19</sup>. Distincția prezintă utilitate practică din mai multe puncte de vedere, respectiv în privința regulilor referitoare la capacitatea persoanei, la reprezentare, admisibilitatea unor mijloace de probă sau sancțiunea nulității<sup>20</sup>. Chiar dacă această categorisire pare clară și logică la prima vedere, nefiind pusă la îndoială, vom observa, în cele ce urmează, că generează anumite probleme de aplicabilitate practică.

În perioada vechiului drept roman, Gaius susținea că orice obligație derivă fie din contract, fie din delict<sup>21</sup>. Observând că această clasificare nu este suficientă, existând situații care nu pot fi încadrate în niciuna din cele două grupe, tot Gaius a oferit o împărțire tripartită a izvoarelor obligațiilor, adăugând categoria sugestiv intitulată „diferite alte cauze” (*variae causarum figurae*)<sup>22</sup>. Pornind de la această schemă, Iustinian a dezvoltat patru tipuri de surse, prin distingerea așa numitelor *cvasicontracte* și *cvasidelicte*<sup>23</sup>. Teoria sa a dat naștere însă și unor critici, bazate pe faptul că diviziunea nu era fundamentată pe argumente științifice, în special în privința delimitărilor între *cvasicontracte* și *contracte*, respectiv între *cvasidelicte* și *delicte*<sup>24</sup>.

Planiol<sup>25</sup> a propus revenirea la o clasificare bipartită a izvoarelor obligaționale, respectiv contractul și legea. Această opinie a fost abandonată și nu a reușit să se impună, din pricina faptului că toate obligațiile extra contractuale erau incluse, în mod nejustificat, într-o singură categorie. Viziunea nu este pragmatică, mai ales dacă luăm în considerare că și contractul, pentru a genera obligații valabile, trebuie să fie încheiat în conformitate cu normele impuse de lege. Am ajuns astfel la o soluție paradoxală, considerând că legea este singura sursă a obligațiilor. Legea stă, bineînțeles, ca fundament pentru sursele generatoare de obligații, însă ea nu poate, de la sine putere, să creeze obligații. Factorul care declanșează aplicarea legii și nașterea obligației este un fapt material, acesta fiind, în realitate, sursa imediată. Având în vedere diversitatea faptelor materiale și simțindu-se nevoia unei clasificări, s-a dezvoltat distincția dintre actul juridic și faptul juridic.

În abordarea noastră, ne vom raporta la legislația și doctrina modernă care tratează, în mod dual, actul și faptul juridic. În cuprinsul art. 1165 din Codul civil, legiuitorul a enumerat mai multe izvoare din care se pot naște obligații, respectiv „contractul, actul unilateral, gestiunea de afaceri, îmbogățirea fără justă cauză, plata nedatorată, fapta ilicită, precum și orice alt act sau fapt de care legea leagă nașterea unei obligații.” Observând ultima mențiune și aplicând criteriul volițional, deducem că toate aceste surse se subsumează aceluiași categorii, respectiv actul și faptul.

Clasificarea a fost evidențiată și în doctrină, menționându-se că, din aplicarea criteriului volițional, care pune accentul pe intenția declarată de a produce efecte juridice, se distinge între fapte juridice și acte juridice. Diferența esențială dintre acestea constă în aceea că doar ultimele sunt animate de o voință manifestată de a genera raporturi juridice obligaționale, în timp ce faptele

sunt neintenționate în producerea efectelor juridice<sup>26</sup>. La o analiză atentă, constatăm că distincția dintre act și fapt juridic nu este foarte departe de clasificarea făcută de Planiol între contract și lege.

Există și voci<sup>27</sup> care au respins clasificarea între act și fapt juridic, apreciind că aceasta ar putea conduce la o confuzie de termeni deoarece, în vocabularul juridic, cuvântul „fapt” este utilizat ca un antonim al cuvântului „drept”, iar folosirea lui și ca opus al „actului”, ar conduce la o asimilare a actului cu dreptul. Autorul propune ca distincția să fie făcută între actul juridic legitim și actul juridic nelegitim. Opinia sa este însă izolată și criticabilă, după părerea noastră, având în vedere că utilizarea unui singur termen, respectiv „act”, nu este de natură să reducă riscul de confuzie. Considerăm că actul juridic este și el o specie a faptului uman, privit în sens larg, care are particularitatea că este voluntar, iar voința este indispensabilă pentru producerea efectelor juridice. Folosirea termenului de act pentru toate faptele juridice, chiar și pentru cele neintenționate, ar conduce la o schimbare radicală a conceptului și ar amplifica incertitudinea.

În cadrul acestor două categorii principale au fost dezvoltate diverse subclasificări. Astfel, actele juridice, în funcție de sursa lor, pot fi unilaterale, bilaterale sau multilaterale. Ele pot fi, în funcție de efectele lor: constitutive, translativă sau declarative ori în funcție de importanța lor: de conservare, de administrare sau de dispoziție. Printre actele juridice unilaterale se remarcă, spre exemplu, recunoașterea copilului, renunțarea la drept, testamentul, alegerea unei obligații alternative. Sunt acte juridice bilaterale toate tipurile de convenții care au ca scop transferul, stingerea, modificarea sau crearea de obligații.

Referitor la faptele juridice, au fost propuse, de asemenea, mai multe distincții: fapte licite sau fapte ilicite, fapte voluntare sau fapte involuntare, fapte ale omului sau fapte ale naturii. Acestea au un rol mai degrabă didactic decât practic. Este netăgăduit că în această categorie amplă a faptelor juridice sunt incluse evenimentele care generează raporturi de răspundere delictuală, cvasicontractele, nașterea sau moartea.

Întrebarea este cum ajungem să includem o anumită situație concretă într-o categorie sau în alta. Care este criteriul în funcție de care stabilim dacă ne aflăm în prezența unui act juridic sau, din contră, în prezența unui fapt juridic? Distincția prezintă interes practic, atâta timp cât mijloacele de probă și condițiile de validitate sunt diferite pentru cele două categorii. De exemplu, dovada plății ar putea fi făcută prin orice mijloc probatoriu dacă am aprecia că aceasta este un fapt juridic, însă ar trebui să fie făcută, în principiu, prin înscrisuri, dacă am considera că este act juridic.

### **Rolul voinței, ca și criteriu de diferențiere între actele și faptele juridice**

În privința clasificărilor se manifestă, din ce în ce mai des, o tendință de a explica doar unul dintre termenii clasificați și de a-l defini pe celălalt prin simpla negare a primului. Această realitate se manifestă și în clasificarea între actul și faptul juridic. Deseori suntem încunoștințați că marea categorie a faptelor juridice este compusă din două diviziuni, respectiv actele juridice, pe de o parte și faptele juridice *stricto sensu*, pe de altă parte. Distincția dintre acestea se face, în principal, în funcție de rolul voinței umane în producerea efectelor juridice. Așa fiind, actele juridice sunt definite ca acorduri de voință sau manifestări de voință individuale făcute, cu

respectarea sau în executarea legii, cu intenția de a produce efecte juridice. În sens opus, faptele juridice ar fi împrejurări sau conduite umane de producerea cărora legea leagă nașterea, modificarea sau stingerea raporturilor obligaționale. Efectele acestora se produc în lipsa unei astfel de intenții din partea persoanelor<sup>28</sup>.

S-a mai afirmat că, în sens larg, faptele juridice sunt situații cărora norma de drept le atribuie, în împrejurări precis determinate, relevanță juridică, în sensul generării, modificării sau stingerii unor raporturi juridice. Noțiunea de fapt juridic *lato sensu* se confundă cu cea de izvor al raportului juridic concret. Sensul restrâns al noțiunii desemnează doar acțiunile individului care produc consecințe juridice prin efectul legii, împotriva voinței făptuitorului, precum și faptele naturale<sup>29</sup>.

Referitor la trilogia efectelor juridice, respectiv nașterea, modificarea și stingerea situațiilor de drept, remarcăm o distincție între acte și fapte juridice. Astfel, dacă în materia drepturilor reale ne putem imagina atât exemple de acte juridice, cât și de fapte juridice care pot să genereze una dintre cele trei urmări, nu același lucru se întâmplă pe tărâmul obligațiilor. Este evident că un act juridic poate sta la baza nașterii, modificării sau stingerii unei obligații civile. Pe de altă parte, credem că un fapt juridic, în măsura în care este voluntar, poate numai să dea naștere unui raport obligațional, exemplul tipic fiind faptul ilicit. În schimb, cu privire la modificarea sau stingerea obligației, nu ne putem imagina exemple de fapte juridice voluntare capabile să genereze astfel de efecte. Prin urmare, considerăm că trilogia naștere, modificare, stingere de obligații este o chestiune care ține strict de resortul actului juridic, neputând constitui o caracteristică a faptului juridic.

Având în vedere importanța acordată actului juridic, faptul este restrâns la un rol minor, într-o opoziție pură a celui alt, înglobând atât de multe situații distincte încât pare neclar și extrem de complex. În ciuda acestei observații critice, vom apela și noi la definiția actului juridic pentru a stabili baza de comparație deoarece numai prin studierea rolului voinței în cadrul acestei noțiuni putem distinge faptul juridic.

Într-adevăr, abordarea teoretică este mult mai amplă în privința actului juridic. Chiar așa fiind, acesta nu este altceva decât o specie a faptului juridic, privit în sens larg, care desemnează orice eveniment al vieții umane și sociale, atât voluntar, cât și involuntar. Această împrejurare denotă faptul că o opoziție brutală între cele două noțiuni este imposibilă, din moment ce una (faptul) o înglobează pe cealaltă (actul). Ambele sunt la origine fapte materiale susceptibile să producă efectele permise de dreptul obiectiv.

Referitor la rolul pe care îl joacă voința în fiecare dintre cele două categorii, ar părea, la o primă vedere, că actul juridic reprezintă sursa voluntară a obligațiilor, pe când faptul juridic este o sursă involuntară, impusă de dreptul obiectiv. Această distincție trebuie totuși nuanțată deoarece și faptul juridic poate fi voluntar. Așa este, spre exemplu, cazul tipic de fapt juridic generator de obligații, respectiv delictul. În general, toate acțiunile umane implică o anumită doză de voință, omul fiind o ființă rațională. Pentru a fi în prezența unui act juridic este necesar, în plus, ca intențiile exteriorizate de autor să urmărească producerea efectelor juridice.

După cum am văzut, doctrina a dezvoltat definiții mai precise ale acestor două concepte, stabilind că actele juridice sunt manifestări ale voinței individuale emise cu scopul de a produce efecte juridice. Faptele juridice sunt, pe de altă parte, evenimente cărora o normă de drept le atribuie efecte juridice, deși nu au fost în mod specific și direct prevăzute de către părțile interesate.

Definițiile, similare în doctrină, au subliniat funcția pe care o îndeplinește voința. Aceasta trebuie să fie exprimată, de la început, cu menirea de a genera efecte juridice și nu trebuie să vizeze doar actul material. În acest mod, delictul, atunci când este un fapt material dorit, rămâne totuși în sfera faptelor juridice deoarece consecințele sale de natură legală nu sunt dorite. Actul juridic își păstrează caracterul proteiform, iar în interiorul acestuia voința nu joacă întotdeauna același rol. Prin urmare, definițiile menționate nu sunt apte să înlăture toate problemele.

Unii autori<sup>30</sup> au identificat trei tipuri de acte juridice: acte-reguli, acte-condiții și acte-subiective. Cele dintâi tind să schimbe dreptul obiectiv, astfel încât acestea sunt pur obiective. Actele condiție sunt cele la a căror încheiere părțile își exprimă voința doar în privința nașterii lor, conținutul acestora fiind predeterminat de norme de la care părțile nu pot deroga. Exemplul clasic de act condiție este căsătoria. Observăm că acestea cunosc atât o latură obiectivă, având în vedere că scopul lor este de a face aplicabile anumite norme de drept obiectiv pentru a schimba situația de fapt a unor persoane, cât și o latură subiectivă, afectând numai situația anumitor persoane determinate. Actele subiective, incluse în contract, creează obligații care nu se regăsesc în dreptul obiectiv sau schimbă conținutul acestora, în măsura permisă de dreptul obiectiv. Actul subiectiv este cel al cărui conținut este determinat prin voința autorului sau părților lui, iar majoritatea actelor civile intră în această categorie.

Clasificarea menționată scoate în evidență caracterul diferit jucat de voință în cadrul fiecărei categorii. Or, voința fiind socotită drept criteriu de diferențiere între actul juridic și faptul juridic, definiția inițială trebuie nuanțată. Este necesar ca efectele să fi fost pur și simplu dorite sau trebuie, în plus, ca acestea să fi fost determinate în mod specific de către subiect? În încercarea de a oferi un răspuns acestei întrebări, pornind de la rolul pe care îl joacă voința umană în producerea efectelor juridice, vom trata două criterii de distincție, respectiv cel al voinței dirijate (a) și cel al voinței necesare (b), urmând ca ulterior să clasificăm anumite situații concrete prin raportare la aceste chei de control (c).

#### **a) Criteriul voinței dirijate**

Astfel cum am arătat, manifestarea voinței pentru realizarea unei conduite umane nu este susceptibilă, prin ea însăși, să creeze un act juridic. Anumite cerințe suplimentare se impun în acest sens. Conform criteriului prezentat, pentru a putea fi în prezența unui act juridic, este necesar ca voința să fie orientată spre producerea unor efecte juridice. Prin voință nu se înțelege ceva irațional și intuitiv, opus rațiunii și deliberării, în discuție fiind tocmai rațiunea manifestă. A voi juridic înseamnă a discerne între diferite posibilități (juridice) și a alege una dintre acestea pentru a fi urmată<sup>31</sup>.

Una dintre teoriile interesante avansate de doctrină<sup>32</sup> este cea potrivit căreia actul juridic ar putea fi împărțit în trei părți componente, respectiv: efectele juridice (consecința actului), manifestarea de voință (mijlocul) și legătura care le unește pe primele două. Criteriul analizat pornește de la ideea că este suficient, dar nu și necesar, ca exteriorizarea voinței să fie făcută cu intenția de a genera țelul juridic.

La prima vedere, teoria pare a fi pragmatică și simplu de aplicat deoarece în toate cazurile în care autorul unui fapt material ar urmări anumite efecte juridice, acesta ar obține un act juridic. Totuși, aplicând această regulă, ajungem ca în cea de-a doua categorie să includem practic doar acțiunile ilicite. Ba mai mult, ne putem imagina și ipoteza (într-adevăr, mai puțin probabilă, dar nu imposibil de întâlnit în practică) în care o persoană săvârșește o faptă ilicită tocmai în scopul de a-i fi angajată răspunderea delictuală și de a fi obligată la acoperirea prejudiciului produs. Credem că este absurd să susținem că în acest caz avem de a face cu un act juridic, pentru simplul motiv că autorul a acționat cu intenția de a produce efecte juridice.

Prin prisma criteriului voinței dirijate, observăm că actele subiective nu pun probleme, efectele acestora fiind dorite și determinate în mod specific de părți. Legătura de cauzalitate dintre intenție și efectele juridice produse este una directă. Și actele condiție se încadrează fără mari dificultăți sub acest criteriu, scopul autorului fiind tocmai acela de a activa normele de drept obiective. Cei care încheie o căsătorie urmăresc, din punct de vedere juridic, să obțină situația de drept aplicabilă persoanelor căsătorite. Voința exprimată de aceștia declanșează aplicarea unui statut predeterminat. Odată îndeplinit actul căsătoriei, soții trebuie să se supună regulilor imperative edictate de legiuitor în această materie. Cu toate că încheierea căsătoriei este inițiată de viitorii soți, acestora nu le stă în putere să negocieze sau să statueze drepturile și obligațiile căsătoriei.

Mergând mai departe cu analiza, observăm însă că ne confruntăm cu o problemă în aplicarea teoriei voinței dirijate, sintagma „cu intenția de a produce efecte juridice” dovedindu-se prea puțin lămuritoare. Un exemplu edificator în acest sens este schimbarea domiciliului. De cele mai multe ori, o persoană recurge la o astfel de modificare, motivată fiind de simple imbolduri de natură personală. Cu toate că nu urmărește, spre exemplu, schimbarea instanței competente pentru soluționarea unui litigiu, acest efect poate să decurgă din faptul menționat. Aplicând criteriul voinței orientate spre producerea efectelor juridice, ajungem în situația paradoxală în care aceeași acțiune primește calificări diferite în funcție de cunoștințele autorului. Astfel, în cazul în care acesta nu cunoaște efectele juridice, și, prin urmare, nu le dorește, schimbarea domiciliului ar rămâne un fapt juridic. În caz contrar, dacă ar cunoaște și ar dori ca efectul de drept menționat să se producă, atunci aplicarea criteriului clasic ar impune calificarea schimbării de domiciliu ca act juridic<sup>33</sup>.

Credem că nu este de dorit ca o asemenea clasificare fundamentală, cum este cea a surselor obligațiilor, să furnizeze rezultate diferite ale situațiilor, în funcție de simpla cunoaștere sau nu, de către autorul faptului material, a dreptului obiectiv. Aplicând teoria menționată, am ajunge la ipoteza absurdă în care un fapt material ar fi calificat ca act juridic, dacă ar fi realizat de un jurist, însă ar constitui un fapt juridic dacă ar fi făcut de o altă persoană, pentru simplul motiv că primul cunoștea efectele juridice atașate gestului său.

Abordarea analizată conduce la concluzii ilogice chiar și în ipoteza perfectării unui contract. Astfel, contractul ar reprezenta un act juridic pentru obligațiile derivate din conținutul prevăzut de părți, respectiv un fapt juridic pentru obligațiile născute în temeiul unor prevederi legale aplicabile convenției, pe care însă părțile nu le-au determinat în mod explicit prin voința manifestată.

Pentru a clarifica aceste probleme, trebuie să stabilim, cu prioritate, ce înțelegem prin efecte juridice. Noțiunea de efect poate să desemneze atât consecința efectiv produsă ca urmare a apariției actului în circuitul civil, cât și rezultatul urmărit în mod concret de voința autorului/părților. Or, în ceea ce privește actul juridic, privit ca o manifestare de voință, este evident că interesează doar consecințele anticipate și dorite de emitent sau de părți. Nu putem să ne raportăm decât la aceste efecte atunci când analizăm spre ce era orientată voința juridică și să excludem din analiză efectele reale. Urmările efectiv realizate depășesc, de multe ori, cadrul limitat prevăzut de părți și sunt generate în afara voinței lor.

Observând că simpla voință orientată spre producerea efectelor juridice nu este suficientă pentru a distinge între cele două categorii de fapte juridice *lato sensu*, s-a dezvoltat o nouă abordare care propune luarea în considerare a intensității voinței manifestate de autor. În acest sens, s-a susținut că nu este suficient ca voința să fie dirijată spre producerea efectelor juridice, ci trebuie ca ea să construiască, să dezvolte efectele juridice<sup>34</sup>. Voința, în afară de a fi direcționată spre un scop juridic, trebuie să fie și de o anumită intensitate. Este important să facem diferența între efectele juridice care se nasc *ex voluntate* și cele care intervin *cum voluntate*. Primele sunt determinate integral de voință, aceasta stabilind chiar conținutul lor, pe când secundele sunt prevăzute de dreptul obiectiv, iar voința nu face decât să le declanșeze. Autorul a susținut că doar în situația efectelor produse *ex voluntate* ne aflăm în prezența unui act juridic datorită faptului că în al doilea caz voința doar activează aplicarea dreptului obiectiv.

Viziunea susținută de autor se bazează pe puterea voinței și pe aptitudinea acesteia de a crea dreptul, marcând opoziția dintre voință și lege. Totuși, atâta timp cât prima nu poate crea efecte juridice fără a doua, existența acesteia din urmă nu poate reduce în mod logic actul juridic la fapt. Legea intervine întotdeauna să permită, să interzică sau să adauge la voință și nu este incompatibilă, ci complementară acesteia. Legea, fiind un act obiectiv de putere, nu poate să constituie substanța unui contract, pentru simplul motiv că aceasta este o generalizare incapabilă să producă în sine ceva concret. Nici măcar comportamentul concret în conformitate cu norma obiectivă nu poate genera un contract, decât în ipoteza în care se reduce contractul la lege, ceea ce determină o tautologie explicativă<sup>35</sup>.

Distincția menționată nu este foarte diferită de cea dintre actele subiective și actele condiție. În această interpretare însă, numai actele subiective pot fi considerate acte juridice, rezultatele fiind astfel opuse celor ale criteriului tradițional. Așa fiind, caracterul foarte restrâns al categoriei actelor juridice determină, în mod implicit, includerea unei multitudini de situații eterogene în specia faptelor juridic. De exemplu, plata, cvasi-contractele, recunoașterea copilului și căsătoria ar fi calificate drept fapte juridice.

O altă problemă interesantă este reprezentată de încadrarea în una sau alta dintre categorii, cu ajutorul criteriului menționat, a contractului de adeziune. Într-un astfel de caz, este discutabil în ce măsură a dorit cel care a aderat la contract producerea efectelor juridice determinate, prin manifestarea voinței sale. Putem să afirmăm cu certitudine că acesta a urmărit încheierea contractului, iar efectele juridice au fost generate ca o consecință firească a perfectării convenției. Consecințele au la bază, mai degrabă, voința părții care s-a impus, cealaltă având doar rolul de a activa producerea lor.

În ciuda acestor aspecte, este absurd să considerăm că în ipoteza contractului de adeziune ne-am afla în prezența unui act juridic pentru o parte și în prezența unui fapt juridic pentru cealaltă parte. Clasificarea realizată în baza acestui criteriu apare ca fiind inutilă deoarece pune semnul egalității între noțiunea de act juridic și contract (sau, mai precis, doar unele contracte). Tot ceea ce nu se încadrează în această categorie, respectiv toate efectele juridice nedeterminate în mod expres de părți, ar fi născute din lege, care ar desemna faptul juridic. Revenim astfel la diviziunea lui Planiol și limităm, din nou, actul juridic la contract, excluzând, practic, toate actele juridice unilaterale.

### **b) Criteriul voinței necesare (indispensabile)**

Pentru a înlătura deficiențele criteriului menționat anterior a fost propus un altul, cel al voinței necesare<sup>36</sup>. Fundamentul acestui criteriu este constituit tot de voință și preia criteriul clasic, adăugând cerința suplimentară conform căreia voința trebuie să fie indispensabilă pentru a crea efecte juridice. Astfel, actul juridic se remarcă doar atunci când intenția de generare a efectelor juridice este absolut esențială și indispensabilă pentru a produce aceste efecte.

Condițiile necesare pentru construirea unui act juridic ar fi manifestarea unei voințe care să producă efecte juridice, efectele să fie dorite de autor și să nu se poată naște altfel decât prin voința aceluia autor<sup>37</sup>. Ne întrebăm însă dacă este suficient să se constate necesitatea obiectivă a voinței pentru a concluziona în sensul existenței unui act juridic. Dacă ar fi așa, toate actele subiective ar fi acte juridice, indiferent de situație. Actele condiție, în schimb, ar fi juridice numai atunci când voința ar fi indispensabilă pentru aplicarea normelor de drept obiectiv. De pildă, căsătoria și recunoașterea copilului ar fi acte juridice, în timp ce schimbarea de domiciliu ar fi, în toate cazurile, un fapt juridic.

Avantajul teoriei prezentate este că reușește să completeze unele lacune nerezolvate de celelalte criterii propuse, diminuând posibilitatea de interpretare diferită, care există în cazul aplicării simplei voințe dirijate. Totodată, este de remarcat că în categoria faptelor juridice nu mai sunt incluse o multitudine de ipoteze a căror numitor comun este doar faptul că sunt prevăzute de lege, nefiind stabilite explicit de voința persoanei. În ciuda popularității crescute a acestei concepții, criteriul nu este imun la critici. Problema ivită vizează modalitatea de identificare a situațiilor în care voința autorului este indispensabilă pentru producerea efectelor juridice. Cu toate că poate să pară simplu, situațiile practice ne demonstrează contrariul.

În încercarea de a dovedi că nici acest criteriu nu este absolut și nu tranșează toate problemele apărute, un autor a apelat la un exemplu simplu<sup>38</sup>. Acesta a pus în discuție viciul de consimțământ al dolului, care impune în mod necesar intenția de inducere în eroare a co-contractantului. Conform concepției analizate, dolul s-ar încadra în categoria actelor juridice, din moment ce voința autorului este indispensabilă pentru producerea efectelor juridice.

Considerăm superficială și neîntemeiată această concluzie. Trebuie să subliniem, pentru început, că deși dolul are o natură duală, acesta nu este decât un viciu de consimțământ în ceea ce privește voința juridică. În condițiile în care sunt îndeplinite și cerințele ilicitului, dolul poate fi și fapt ilicit însă, într-o astfel de ipoteză, discuția se îndepărtează de actul juridic, de momentul și condițiile încheierii lui valide, situându-se pe terenul răspunderii juridice<sup>39</sup>.

Pe de altă parte, având în vedere că efectele dolului operează pe două planuri, observăm că și voința se raportează diferit la fiecare dintre acestea. În primul rând, dolul provoacă o eroare care îl determină pe cocontractant să își dea acordul la încheierea convenției. În al doilea rând, dolul deschide pentru victimă posibilitatea exercitării unei acțiuni în vederea anulării actului și obținerii unor daune interese. Raportat la prima consecință, voința este necesară și orientată spre producerea efectelor juridice, respectiv formarea contractului. În schimb, cea de-a doua urmare se produce fără ca voința autorului să fie indispensabilă sub acest aspect. În demersul nostru ne interesează aceste din urmă efecte, formarea contractului fiind doar consecința materială de care se leagă toate celelalte urmări. Dolul este astfel un fapt juridic, iar intenția autorului orientată spre producerea de efecte juridice nu este indispensabilă în acest scop.

Revenind la problema contractului de adeziune la care am făcut referire în analiza criteriului anterior, observăm cât de importantă este distincția între conținutul voinței și necesitatea acesteia. Așadar, în contractul de adeziune, deși conținutul nu este determinat de către cel care aderă, voința sa este indispensabilă pentru formarea și existența acestuia. Nu trebuie să ometem însă nici faptul că, în ciuda obiectivării continue a contractului în ultima perioadă, acesta nu poate fi desprins în totalitate de subiectivismul specific.

Chiar dacă obiectivarea contractului și, implicit, a actului juridic poate crea uneori probleme, apropiind actul și mai mult de faptul juridic, considerăm că distincția acestora poate fi făcută, în continuare, pe baza criteriului voinței necesare. Această teorie asigură un echilibru mai bun între cele două categorii, majoritatea faptelor juridice, în sens larg, fiind încadrate destul de lejer în una sau alta dintre cele două.

Considerăm că lucrurile ar putea fi privite și într-o altă viziune, respectiv dinspre act spre efectele sale, iar nu doar invers. În acest sens trebuie făcută, în primul rând, deosebirea între efectele și consecințele unui act juridic. Așa cum am mai menționat, efectele actului juridic sunt reprezentate, la modul general, de normele private pe care acesta le generează. Dat fiind faptul că normele private au un conținut specific, concretizat în raporturi juridice de un anumit fel, efectele actului pot fi uneori prezentate secvențial, doar prin înfățișarea acestor raporturi juridice specifice. Mai departe, având în vedere că raporturile au în conținut drepturi civile concrete, în mod frecvent efectele contractului sunt exprimate doar prin înfățișarea acestor drepturi subiective<sup>40</sup>. Privind în ansamblu, observăm că urmările actului juridic nu pot fi reduse doar la efectele propriu-zise ale acestuia, intervenind și alte elemente generate de lege.

Vom apela la un exemplu concret din materia contractului de vânzare pentru a clarifica această distincție. Astfel, dacă transmisiunea proprietății este în mod cert un efect al contractului de vânzare, nu același lucru putem să îl spunem și despre garanțiile vânzătorului, respectiv cea pentru evicțiune și cea pentru vicii ascunse. Acestea pot fi calificate, mai degrabă, drept consecințe ale contractului și ale efectelor sale. Diferența menționată se manifestă, de pildă, în ceea ce privește regimul opozabilității. Remarcăm că publicitatea vizează exclusiv efectele deoarece consecințele, fiind opera legii, sunt întotdeauna opozabile *erga omnes* și nu au nevoie de mecanisme de publicitate. Credem că o astfel de distincție este utilă și prezintă interes și în cadrul discuției noastre, atunci când vorbim despre efectele la care se raportează voința exprimată pentru încheierea unui act juridic.



Cum deosebim însă între consecințe, care pot fi foarte largi și efecte? Apreciem că efectele sunt urmările efectiv dorite de părți și sunt arătate în cuprinsul actului. Pe de altă parte, consecințele nu sunt neapărat dorite, sunt atașate de lege și au alt regim juridic. Astfel, garanția nu este nici o creanță, nici un drept real, ci o obligație, la urma urmei, legală. Este așadar o consecință a încheierii actului. Dacă părțile nu se referă deloc la această obligație, ea funcționează exact așa cum o prevede legea.

Norma care o reglementează este considerată a fi dispozitivă deoarece permite părților să deroge de la conținutul său. Observăm totuși că acest caracter se păstrează doar în măsura în care norma nu este încălcată. Dacă părțile nu o modifică pe motiv că e dispozitivă, ulterior încheierii contractului nu mai pot să deroge de la aceasta. Prin urmare, în momentul activării sale, dispoziția devine imperativă.

În privința chestiunii care ne interesează pe noi prezintă importanță exclusiv efectele actului, fiind irelevant modul de raportare a voinței cu privire la consecințele atașate actului de către lege. Ba mai mult, analiza trebuie dusă și mai departe, importante fiind efectele caracteristice sau caracteriale ale actului juridic. Folosim această denumire pentru efectele în lipsa căror nu am putea să vorbim despre actul juridic determinat la care acestea se referă. Efectele caracteriale sunt legate de cauza actului juridic. *Animusul* care i-a mișcat pe cei care au încheiat actul trebuia să îi conducă pe aceștia într-o anumită direcție, respectiv către anumite drepturi și obligații, care constituie efectele caracteriale ale actului.

Părțile sunt ținute de efecte numai în măsura în care s-au produs cele pe care le-au urmărit. Astfel, voința interesează nu doar la momentul la care ea se generează, ci și la momentul executării actului prin asumare, fiind necesară o stăruință în acest sens. Efectele caracteriale asigură de fapt atât validitatea operațiunii juridice, din punct de vedere static, cât și eficiența sa, sub aspect dinamic. Aceste tipuri de efecte permit așadar înlăturarea din discuție a efectelor legale ale actului atunci când acestea sunt supletive, respectiv consecințele la care ne-am referit anterior.

În aceeași optică, este interesant de văzut modul în care este abordată formarea contractelor în cuprinsul Principiilor Dreptului European al Contractelor. Astfel, în art. 2:101 este prevăzut că „*un contrat est conclu dès lors que les parties entendaient être liées juridiquement*”, nefiind făcută nicio trimitere la cauză sau la autonomia de voință. Acest text realizează practic o suprapunere cu privire la felul în care se formează contractul, la voință și la modalitatea în care se produc efectele. Trebuie să avem în vedere că principiile menționate arată niște trenduri și ne sugerează, de fapt, că se încearcă găsirea unui numitor comun între regulile aplicabile în *common law* și cele aferente dreptului continental. În același timp, ne demonstrează că se vizează renunțarea la structura de drept strict a contractului, alcătuită din clasicele elemente: capacitate, consimțământ, obiect și cauză.

Așa fiind, ca o concluzie în privința criteriului de delimitare între acte și fapte, ne vom fixa preferința asupra criteriul voinței indispensabile, cu mențiunea că aceasta se va raporta doar la efectele caracteriale.

### c) Exemple particulare

În rândurile ce urmează vom trece în revistă câteva figuri juridice mai deosebite, pentru a analiza specificul acestora de acte sau fapte.

#### **Logodna**

Codul civil definește logodna în cuprinsul art. 266 alin. 1 ca fiind promisiunea reciprocă de a încheia căsătoria și pare să o includă în rândul actelor juridice, prin punerea accentului pe acordul de voințe. Pe de altă parte, în cuprinsul alineatului 3 ni se spune că logodna nu este supusă niciunei formalități și poate fi dovedită cu orice mijloc de probă, aspect specific faptelor juridice. Același lucru este repetat și în dispozițiile articolului 267 aliniatul 3 din Codul civil în privința ruperii logodnei.

În doctrina de specialitate este răspândită opinia potrivit căreia logodna ar fi un simplu fapt juridic care poate să producă cel mult efecte extrinseci căsătoriei, în special în cazul ruperii unilaterale și abuzive<sup>41</sup>. De asemenea, doctrina și jurisprudența dominantă manifestată în Franța tratează logodna ca pe un fapt juridic. Argumentele reținute în acest sens sunt, pe de o parte, lipsa forței obligatorii a promisiunii maritale și interesul protejării principiului consimțământului liber exprimat la încheierea căsătoriei<sup>42</sup>. Cu toate acestea, în jurisprudența mai veche, dovada faptului juridic al logodnei se putea realiza, paradoxal, numai prin înscriruri<sup>43</sup>.

Pentru stabilirea naturii juridice a logodnei trebuie să avem în vedere nu doar modul de formare și condițiile de probă, ci și efectele sale și legătura existentă între acestea din urmă și voința exprimată de viitorii soți. Referitor la consecințele juridice, observăm că, în urma realizării promisiunii, persoanele logodite nu dobândesc un statut legal aparte, nefiind reglementate drepturi și îndatoriri specifice, nici de natură patrimonială, dar nici personală. Totuși, logodnicii sunt ținuți ca, în caz de rupere a logodnei, să restituie darurile și să repare prejudiciul produs. La o analiză mai atentă, observăm că aceste obligații nu constituie efecte propriu-zise ale logodnei, ci mai curând pseudoefecte, ele nefiind generate prin încheierea logodnei, ci prin desfacerea acesteia<sup>44</sup>. Constatăm așadar că logodna în sine nu produce niciun efect juridic. În lipsa unei reglementări exprese, nu este posibilă nici analogia cu drepturile și îndatoririle soților.

Regimul juridic al acestei figuri este unul atipic deoarece ea nu poate fi pusă în executare în mod silit, iar voința unilaterală poate conduce la desființarea sa și, implicit, la nașterea unui raport obligațional de răspundere. Încheierea căsătoriei potrivit promisiunii nu este decât o datorie de onoare, nicidecum o obligație cu valoare juridică ce ar conferi logodnicului dreptul la acțiune „maritală” pentru a obține constrângerea celui alt la încheierea căsătoriei.<sup>45</sup>

Este imposibil, deci, să susținem că voința celor ce își promit căsătoria este orientată spre producerea efectelor juridice sau necesară în acest sens... deoarece efectele juridice nu există. Scopul celor doi actori este, de fapt, doar unul de ordin social, și anume pregătirea căsătoriei. Din prisma consecințelor juridice, ne interesează mai degrabă ruperea abuzivă a logodnei reglementată în cuprinsul art. 269 C.civ.

Cu toate acestea, prin art. 266 alin. 2 C.civ., legiuitorul a supus logodna condițiilor de fond stabilite pentru încheierea căsătoriei, cu excepția avizului medical și a autorizării instanței de tutelă. În acest sens, unii autori<sup>46</sup> și-au pus problema referitoare la incidența nulității, sancțiune specifică actelor juridice, în cazul în care logodna a fost încheiată cu încălcarea condițiilor impuse de lege pentru realizarea căsătoriei.

Din punctul nostru de vedere, suntem în prezența unei false probleme, dat fiind faptul că logodna nu poate fi încadrată în categoria operațiunilor juridice. Astfel, atâta timp cât nu vorbim despre un act juridic, trimiterea la cerințele de fond ale unui asemenea act este inutilă și lipsită de eficiență. Fie că se respectă condițiile impuse, fie că acestea sunt ocolite, situația este identică, neavând nicio relevanță juridică pentru cei doi logodnici. Partenerii se pot logodi și fără întrunirea cerințelor prevăzute pentru căsătorie întrucât nu se produce niciun efect juridic. Singura diferență vizează posibilitatea de invocare a dispozițiilor art. 269 C.civ. cu privire la ruperea abuzivă a logodnei.

Logodna nu este și nici nu poate să fie o condiție prealabilă și necesară încheierii căsătoriei deoarece consimțământul la căsătorie trebuie, în mod invariabil, să fie actual. Pe de altă parte, angajamentul persoanelor implicate nu poate să fie niciodată căsătoria, motiv pentru care apreciem că logodna este lipsită de cauză juridică. Acest acord de voințe nu poate să fie caracterizat de intenționalitate juridică, iar orice încercare de a găsi o dorință de a transforma realitatea faptică în raporturi juridice, pe care „părțile” să le pună în executare în mod silit, cade în derizoriu.

Urmare a exprimării voinței de a se logodi, niciuna dintre persoane nu este obligată să se și căsătorească cu cealaltă. Atâta timp cât această figură nu dă naștere unei obligații juridice de încheiere a căsătoriei, ea nici nu poate să producă efecte în ipoteza în care intervine simpla nerespectare a promisiunii. Logodna poate să intereseze juridic doar în măsura în care au fost generate consecințe păgubitoare prin ruperea abuzivă a acesteia, daunele interese fiind rezultate, mai precis, dintr-o împrejurare sau faptă conexă logodnei. Așa fiind, problema se pune strict cu privire la recuperarea cheltuielilor făcute în considerarea căsătoriei, respectiv efecte reparatorii, neavând un rol sancționator pentru ruperea acesteia.

În ceea ce ne privește, apreciem că cea mai inspirată soluție este să calificăm instituția logodnei ca fiind un act non-juridic, respectiv un acord de voință acauzal, realizat fără intenția de a produce efecte juridice. Într-adevăr, prin anumite fapte conexe logodnei și strâns legate de aceasta se pot produce anumite urmări juridice, indiferent dacă sunt sau nu dorite de persoanele implicate. Totuși, acest aspect nu este suficient pentru a considera că ne aflăm în prezența unui act juridic. Similară altor ipoteze de manifestări de voință non-juridice, logodna nu poate intra în categoria faptelor juridice *stricto sensu*, nefiind nici un eveniment extern conștiinței, dar nici o acțiune umană săvârșită fără intenția de a produce efecte juridice, efecte care totuși se produc, fiind atașate de lege în lipsa oricărei voințe juridice. Pentru aceste argumente și având în vedere că persoanele nu și-au manifestat voința în sensul de a produce raporturi de drept exigibile, conchidem în sensul că logodna nu poate fi altceva decât un acord de voințe non-juridic.

### **Posesia**

Posesia este o stare de fapt în conținutul căreia intră două elemente: *corpus*, respectiv elementul material care constă în exercitarea, cu privire la un lucru, a prerogativelor ce corespund dreptului pe care le oferă posesia, și *animus domini*, adică reprezentarea subiectivă a posesorului care fie crede că este adevăratul titular al dreptului real, fie, deși știe că nu este titularul dreptului real, neagă dreptul adevăratului proprietar și se comportă ca și cum ar fi el titularul dreptului respectiv<sup>47</sup>. Posesia nu se identifică niciodată cu dreptul la care se referă, însă este susceptibilă să producă efecte și are valoare juridică prin prisma acestora.

Caracterul intențional ar putea ridica însă o problemă de calificare. În lipsa acestuia, evident, nu am avea de-a face cu o posesie. Ar putea fi acțiunile pe care se exercită posesia calificate ca acte juridice? Dacă aplicăm criteriul voinței orientate spre producerea efectelor juridice, natura juridică a acestora poate varia după cum autorul cunoștea și vroia să dobândească proprietatea sau nu. Potrivit criteriului voinței dirijate, în cea de-a doua orientare a sa (conform căreia este necesar ca voința să privească inclusiv conținutul efectelor juridice), acțiunile pe care se exercită posesia ar fi, indubitabil, fapte juridice, consecințele lor privitoare la dobândirea proprietății fiind dictate de dreptul obiectiv.

Teoria voinței necesare lămurește situația, iar acțiunile pe care se exercită posesia sunt încadrate, în orice situație, în categoria faptelor juridice, așa cum este și firesc. În acest sens, trebuie să observăm că importantă nu este dorința de a obține proprietatea, ci reprezentarea subiectivă a posesorului care se comportă ca și cum ar fi titularul dreptului, indiferent de reprezentare subiectivă pe care o au terții. Intenția necesară nu este decât materială, astfel încât consecința juridică a dobândirii proprietății poate avea loc și în lipsa unei voințe manifestate în acest sens. De altfel, în cazul în care posesorul este de bună-credință, socotindu-se deja proprietar, este evident că lipsește cu desăvârșire voința sa de a dobândi proprietatea prin posesie. Cu toate acestea, prescripția va juca în continuare rolul său achizitiv. Prin urmare, având în vedere că intenția de a genera efecte juridice nu este indispensabilă, acțiunile pe care se exercită posesia rămân fapte juridice în toate cazurile<sup>48</sup>.

### **Gestiunea de afaceri**

Gestiunea de afaceri este reglementată și analizată în cadrul faptelor juridice licite, efectele sale fiind cele prevăzute de lege. Cu toate acestea, în cuprinsul art. 1330 C.civ., legiuitorul a statuat în mod explicit necesitatea existenței voinței din partea gerantului. Putem să afirmăm că exigența voinței transformă gestiunea de afaceri în act juridic?

O părere marginală a fost exprimată în sensul încadrării gestiunii de afaceri în categoria actelor juridice unilaterale, dată fiind apropierea acesteia de mandat<sup>49</sup>. În sens asemănător, s-a mai susținut că, în ceea ce privește formarea sa, gestiunea de afaceri are natura juridică a unui act unilateral, iar sub aspectul efectelor pe care le generează, acest mecanism reprezintă un act sinalagmatic<sup>50</sup>. Din punctul nostru de vedere, este cert că obligațiile gerantului față de gerant și, eventual, față de terți, nu se nasc dintr-un acord de voință, o înțelegere între persoanele implicate lipsind cu desăvârșire. Prin urmare, chiar dacă administrarea intereselor

geratului dă naștere unui raport juridic concretizat în drepturile și obligațiile actorilor implicați, asemănătoare mandatului, nu putem să susținem că această operațiune ar fi asimilată contractului sinalagmatic. Obligațiile ivite își au originea în faptele gerantului, completate cu litera legii.

O altă opinie a promovat ideea conform căreia gestiunea de afaceri nu poate fi inclusă cu certitudine în niciuna dintre cele două categorii, aceasta ocupând o poziție intermediară între act juridic unilateral și fapt juridic licit. Așadar, privită din perspectiva gerantului, gestiunea ar avea natura juridică a unui act unilateral deoarece acesta acționează voluntar și în cunoștință de cauză însă, din perspectiva geratului, gestiunea ar prezenta caracteristicile îmbogățirii fără justă cauză, în măsura în care a fost utilă<sup>51</sup>. Considerăm că nici această concepție nu este practică, fiind illogic să includem aceeași situație faptică atât într-o categorie, cât și în alta a aceleiași clasificări.

Raportându-ne la criteriile analizate mai sus, constatăm că teoria voinței dirijate este insuficientă și inexactă. Potrivit formei sale inițiale, gestiunea de afaceri ar avea o natură juridică distinctă, în funcție de cunoașterea autorului. Astfel, gestiunea ar putea fi un act juridic în cazul în care gerantul ar cunoaște efectele administrării realizate și ar urmări producerea acestora, însă ar fi un fapt juridic în ipoteza în care acesta ar acționa fără să fie informat cu privire la consecințele faptelor sale. A doua orientare a teoriei permite încadrarea gestiunii de afaceri în categoria faptelor juridice, efectele acesteia fiind întotdeauna prevăzute de lege, fără intervenția voinței personale a gerantului.

Conform criteriului voinței necesare, gestiunea de afaceri este calificată tot ca fapt juridic, argumentul fiind însă că pentru producerea efectelor juridice nu este indispensabilă voința celui care administrează interesele altuia. Articolul 1330 C.civ. sugerează doar faptul că această operațiune presupune existența unei voințe materiale, la fel ca și în cazul delictului. Este necesar ca gerantul, în mod voluntar, să gestioneze afacerile altuia, în cunoștință de cauză. Acest aspect nu este însă suficient pentru a considera că gestiunea de afaceri ar fi un act juridic.

### **Plata**

Plata este o modalitate de stingere a obligației prin executarea voluntară a obligației civile derivate dintr-un act juridic deja format. În ceea ce privește natura sa juridică, doctrina este împărțită, în sensul că unii autori consideră că plata este un act juridic, alții calificând-o drept fapt juridic. Aparent, Codul civil în vigoare susține acest ultim punct de vedere, din moment ce stabilește, în cuprinsul art. 1499 că dovada plății se poate face prin orice mijloc de probă. Cu toate acestea, pentru ca plata să fie valabilă, este necesar ca persoanele implicate să fie capabile, aspect ce sugerează că aceasta ar fi un act juridic, atâta timp cât sunt necesare condițiile de validitate ale acestuia.

Prima teză are la bază argumentul conform căruia acordul creditorului este necesar pentru a verifica dacă executarea este conformă cu cerințele obligației. Având în vedere că între *solvens* și *accipiens* intervine un acord de voințe, ambele părți trebuie să aibă capacitatea de a contracta. Un autor susține fără rezerve această soluție în ceea ce privește plata obligațiilor de a face și de a nu face. În schimb, referitor la obligațiile de a da, soluția este mai puțin evidentă<sup>52</sup>. Pentru a concluziona cu privire la natura convențională a plății, autorul a examinat mecanismele imputației și ale ofertei reale.

Pentru a susține teoria contrară, în sensul că plata este un fapt juridic, un alt autor<sup>53</sup> a tratat obligația în două faze, respectiv, pe de o parte, executarea și, pe de altă parte, stingerea acesteia. În funcție de conținutul material al executării, obligațiile pot fi de a da, de a face sau de a nu face. Conform autorului, executarea obligației de a nu face reprezintă un simplu fapt material, iar obligația de a face, un fapt juridic. Totuși, executarea obligației de a da constituie un act juridic deoarece fapta debitorului modifică drepturile tuturor. Având în vedere aspectul său material, natura plății variază în funcție de tipul de obligație ce trebuie efectuată.

Faza extintivă a obligației este chiar scopul plății deoarece stingerea datoriei prin executare și satisfacerea creditorului conduce la materializarea prevederilor contractuale ale ambelor părți. Voința creditorului nu este necesară din moment ce plata, odată realizată, conduce în mod automat la stingerea obligației. Mecanismul ofertei reale, care permite efectuarea plății chiar împotriva voinței creditorului, confirmă că teza actului convențional nu poate fi acceptată. Acest autor susține că plata nu poate fi inclusă în categoria actelor juridice unilaterale, nefiind necesară nici voința debitorului în sensul stingerii obligației. Nefiind necesară nicio voință, plata este văzută, sub aspect extintiv, ca un fapt juridic.

Considerăm că această teorie nu este întemeiată. Astfel, în primul rând, credem că voința debitorului *animus solvendi* este, de regulă, necesară. Natura plății nu poate fi redusă la executarea mecanică a unei obligații, ci ea presupune și un angajament subiectiv, respectiv voința celor implicați în raportul juridic. Astfel, debitorul trebuie să acționeze cu intenția de a stinge obligația, iar creditorul trebuie să accepte acest fapt, pentru a satisface creanța sa. Prin urmare, nu poate fi plată nici fără intenția juridică de a stinge obligația, nici fără un fapt, prin care efectiv se execută, se îndeplinește prestația<sup>54</sup>. În al doilea rând, ne întrebăm de ce ar fi inclus legiuitorul, în categoria faptelor juridice licite doar plata nedatorată, dacă și cea datorată ar fi similară sub aspectul naturii juridice. Credem că există o justificare pentru această opțiune, iar plata nu poate fi încadrată în categoria faptelor juridice.

Se poate oare susține că plata ar fi un act juridic unilateral? Într-adevăr, astfel cum am arătat, pentru a executa voluntar o prestație, este necesar (dar oare și suficient?) ca voința debitorului să se manifeste în sensul producerii efectelor extinctive ale acțiunii sale. Dacă această intenție lipsește, nu suntem în prezența unei plăți, ci a unui alt fapt care depinde de intenția debitorului, respectiv o eroare cu privire la prestație sau o liberalitate. Creditorul, în schimb, nu trebuie să își exprime voința, fiind un simplu subiect pasiv care acceptă executarea din partea celui obligat la plată. Cu toate acestea, credem că nu este atât de facilă nici includerea acesteia în categoria actelor unilaterale, având în vedere faptul că plata poate fi făcută și de un terț, a cărui intenție principală nu este în mod necesar cea de a stinge raportul obligațional.

Referitor la dovada plății, am arătat că legiuitorul a adoptat soluția acceptării tuturor mijloacelor probatorii. Concluzia care ar putea fi desprinsă, aparent, din această împrejurare este că, indiferent de natura prestației, de obiectul său și de izvorul concret al obligației civile, dovada plății poate fi făcută prin orice mijloc legal de probă. Această idee este eronată deoarece a dovedi un raport juridic înseamnă a-i proba izvorul, iar raportul de plată fiind strâns legat de sursa obligației implică, în principiu, că acel mijloc de probă admis pentru dovada obligației trebuie utilizat și pentru dovada executării ei. Astfel, dacă avem de-a face cu un contract

generator de obligații pecuniare, dovada atât a actului, cât și a plății, este supusă exigențelor legale de probă în materie de acte juridice. Mai mult, fiind tratată ca un act juridic, plata este supusă probațiunii specifice, chiar dacă sursa sa s-ar afla într-un fapt juridic<sup>55</sup>.

Pornind de la aceste mențiuni, observăm că plata este un exemplu care subliniază dificultatea aplicării criteriilor de distincție dintre act și fapt juridic. Astfel, apelând la aceleași criterii susținute în doctrină, autorii au oferit toate soluțiile posibile, calificând plata fie ca act juridic convențional sau unilateral, fie ca fapt juridic.

### ***Contractele de consumație***

Pentru a proceda la o analiză a caracterului juridic al contractului de consumație, trebuie mai întâi să stabilim cărei ramuri de drept îi aparține dreptul consumației sau, cel puțin, din care împrumută cele mai multe elemente. Având în vedere că specificul normelor care reglementează consumul este că vizează raporturi juridice contractuale, putem să deducem că dreptul consumației este inclus în largă categorie a dreptului privat. Observat din perspectiva influenței statului în promovarea și protecția intereselor economice ale consumatorilor, din caracterul preponderent imperativ al normelor și luând în considerare forma administrativă a sancțiunilor, ar părea că dreptul consumației ar aparține și dreptului public.

Din unghiul dreptului civil, dreptul consumației se prezintă ca o legislație de drept public aplicabilă unor contracte speciale. Referitor la dreptul public, care vizează doar raporturile de putere, dreptul consumației este un drept administrativ special, aplicat în raporturile dintre stat și comercianți sau consumatori. Toate aceste caracteristici ne conduc la concluzia că dreptul consumației se reduce la lege, împlinind astfel năzuința postmodernistă asupra pozitivismului juridic de a comprima dreptul la actul normativ<sup>56</sup>.

Problema care ne interesează în demersul de față este dacă putem încadra sau nu contractul de consumație în categoria actelor juridice. În general, cunoaștem că regulile dreptului civil în materie de contracte se aplică acordurilor de voință manifestate cu scopul de a produce efecte juridice concrete. În cazul raporturilor născute în sfera consumației, observăm că voința profesionistului și a consumatorului cu privire la obligațiile concrete este îmbrăcată într-o haină denumită generic „contract de consumație”. Această instituție legală nu se identifică însă cu definiția contractului civil, nefiind doar un acord de voințe, ci o structură care îl înglobează.

Spre deosebire de contractele de adeziune, în cazul contractului de consumație nu avem de a face cu o manifestare de voință care să adere la ceva prestabilit de cocontractant. Schița mentală și viziunea asupra lucrurilor este diferită având în vedere că manifestarea de voință a subiecților în sensul aplicării anumitor norme legale nu este necesară pentru activarea contractului de consumație. Părțile acestuia nu își exprimă consimțământul la aplicarea regulilor care compun contractul de consumație, ci ele doar constată intrarea contractului de fond în zona normativă a consumului<sup>57</sup>. Așadar, contractul de consumație – impropriu denumit contract, după părerea noastră – nu este altceva decât o structură normativă, al cărei conținut se umple în funcție de raportul juridic concret. Între profesionist și consumator nu se încheie un alt contract, în afara celui civil (de vânzare, schimb, împrumut etc.), însă raporturilor rezultate le va fi aplicabil și regimul juridic al consumației.

Ajungem astfel la concluzia că nu putem considera contractul de consumație ca fiind act juridic și nu putem nici măcar să îl asimilăm acestuia. Contractul de consumație nu poate avea o natură juridică proprie, în sensul dreptului privat, el fiind doar un instrument legal, o suprastructură legislativă, menită să reglementeze raporturile de consumație, independent de conținutul concret al acestora și de voința persoanelor implicate. Peste acordul de voințe concretizat în contractul de fond (operațiunea juridică în sensul dreptului civil) se suprapune *ope legis* „armătura normativă” reprezentată de contractul de consumație<sup>58</sup>, chiar dacă părțile nu au încheiat contractul cu reprezentarea faptului că le va fi aplicabil și acest regim juridic special.

Așa fiind, în cazul contractului de consumație nu putem să discutăm despre existența unei cauze juridice care să anime părțile pentru a contracta, singurul *animus contrahendi* regăsindu-se în operațiunea juridică de bază. Voința părților, manifestată prin încheierea contractului specific este completată de voința legiuitorului de a proteja acest tip de raporturi juridice prin norme imperative de drept, constituind tabloul intitulat contract de consumație. Mergând în acest sens, observăm că avem de-a face, în realitate, cu o structură juridică polimorfă, în funcție de specificul contractului de bază. Contractul de consumație, prin el însuși, nu are legătură cu noțiunea de contract în accepțiunea dreptului civil, neavând o existență de sine stătătoare, în lipsa unui cadru legislativ.

În concluzie, contractul de consumație nu intră în sfera actelor juridice deoarece nu se identifică printr-un acord de voințe autonome și independente de lege, ci este o consecință a reglementării sale de către legiuitor. Legea este singura care face posibilă existența acestei structuri complexe și doar în măsura în care îl prevede în mod expres.

### Testamentul

În analiza noastră vom încerca să demonstrăm că în dreptul civil, dacă admitem existența actului unilateral, ființa acestuia nu se datorează testamentului, care a fost de-a lungul timpului o stare de fapt. În acest scop, vom trece în revistă câteva aspecte terminologice (1), iar apoi vom realiza un excurs istoric, procedând la o prezentare a modului în care a evoluat perspectiva asupra moștenirii testamentare (2), urmărind să stabilim natura juridică a actului de ultimă voință (3).

### Terminologie

Termenul testament este traducerea cuvântului latin *testamentum*, care desemna o mărturie a intenției testatorului. Partea inițială a cuvântului nu este exclus să aibă vreo legătură cu caracterul public al formei *calatis comitiis*, respectiv cu rolul de martori jucat de cetățenii reuniți în adunarea curiată. Cuvântul *testari* reprezenta atât o declarație importantă făcută în fața unui martor, cât și împrejurarea de a fi martor la realizarea unui act legal. *Testimonium* era folosit, într-o accepție mai cuprinzătoare, pentru a desemna orice mijloc de probă, iar în accepțiunea restrânsă viza exclusiv proba testimonială<sup>59</sup>. Termenul *testis* (martor) vine de la *terstis*, provenit la rândul lui de la *tristis*, izvorât din numeralul *tres*. Martorul este în fond o terță persoană chemată să consfințească înțelegerea celor două părți.<sup>60</sup>



În ceea ce privește noțiunea de legat, acest termen provine din latinul *legatum*, care, sub imperiul Legii celor XII Table, era folosit în sens larg pentru a desemna orice dispoziție făcută pentru cauză de moarte. În sens restrâns, cuvântul *legatum* reprezenta o liberalitate cu titlu particular, făcută unei terțe persoane care, spre deosebire de erede, nu avea obligația de a plăti datoriile defunctului și nici să continue cultul familial.<sup>61</sup> O asemenea dispoziție putea să fie făcută numai prin testament și numai după instituirea de erede deoarece era în sarcina acestuia din urmă să execute legatul<sup>62</sup>.

### **Evoluția perspectivei asupra moștenirii testamentare**

Pentru a înțelege așa cum se cuvine modul în care a evoluat percepția asupra succesiunii și asupra libertății voinței testamentare este foarte important să avem în vedere concepțiile și credințele care au stat la baza societății în fiecare perioadă de timp. În vechiul dreptul roman, familia era unită printr-o forță religioasă supranaturală, normele care o guvernau își aveau originea în vechile credințe, iar autoritatea șefului de familie era de netăgăduit. De asemenea, cultul morților avea semnificații sacre și se baza pe credințe religioase care nășteau obligații. Ca exemplu, amintim că morții erau considerați ființe sacre, iar succesorii lor aveau obligația de a le asigura hrana și băutura necesară în viața de apoi<sup>63</sup>.

Dacă astăzi noțiunea de testament se confundă de multe ori cu cea de legat și cu funcția sa principală de transmisiune a proprietății, trebuie să vedem că pentru romani proprietatea privată își avea sorgintea chiar în religie. Fiecare familie avea în proprietate vatra sa sacră și străbunii săi, aceștia fiind priviți ca niște zei. Ei nu puteau fi adorați decât de membri familiei lor și îi ocroteau doar pe aceștia. Astfel, *pater familias* nu era un proprietar al bunurilor, în accepțiunea de astăzi a termenului, ci el le avea doar în păstrare. Proprietatea aparținea familiei, atât antecesorilor, cât și celor ce se vor naște, iar la moartea lui *de cuius* avea loc doar o substituție a conducătorului familiei cu fiul său care era *heres necessarius*. Oamenii considerau că există o legătură misterioasă între zei și pământ, iar moștenirea reprezenta pentru ei, în primul rând, continuitatea personalității lui *de cuius* pentru respectarea obligațiilor referitoare la cult.

Potrivit credinței, cultul unei familii și proprietatea acesteia erau strâns legate între ele, astfel încât nu se putea dobândi una fără alta. Cicero spunea că „religia impune ca bunurile și cultul fiecărei familii să fie inseparabile și ca grija sacrificiilor să îi revină întotdeauna celui cărui îi revine moștenirea”<sup>64</sup>. Regula conform căreia religia casnică era ereditară și se transmitea în linie masculină se aplica, pentru identitate de rațiuni, și proprietății.

În primă fază, așadar, singurele acte juridice cunoscute și aplicate erau cele *inter vivos*, devoluțiunea patrimoniului familiei urmând regulile cultului sacru: „focul sacru nu trebuie să se stingă și nici mormântul nu trebuie părăsit”<sup>65</sup>. Fiul nu moșteneva averea în temeiul voinței tatălui său, ci în baza credințelor religioase care guvernau întreaga existență și care impuneau, în mod necesar, continuarea cultului de către fiu (*ipso jure heres existis*).

Testamentul era prohibit și în Grecia, iar rațiunea care stătea la baza acestei reguli este ilustrată elocvent de Platon în tratatul *Legilor*. Acesta prezintă un om aflat pe patul de moarte care cere explicații zeilor cu privire la posibilitatea întocmirii unui testament “O, zei! Nu este mult prea aspru ca să nu pot dispune de bunurile mele așa cum înțeleg s-o fac și în

favoarea cui îmi place, lăsând mai mult unuia, mai puțin altuia, după dragostea pe care mi-au dovedit-o?”. Zeii îi oferă omului răspunsul care exprimă cel mai bine dogmele vremii „Oare este firesc ca tu, care nu-ți poți prelungi viața nici măcar cu o zi, tu, care ești trecător pe acest pământ, să hotărăști asemenea lucruri? Tu nu ești nici stăpânul bunurilor tale și nici chiar stăpânul tău, tu și bunurile tale aparțineți familiei, adică străbunilor tăi și posteriorității tale”<sup>66</sup>.

Deducem că testamentul, în sensul utilizat astăzi, nu era de conceput în acele vremuri, dreptul de a scoate averea din patrimoniul familiei fiind în contradicție cu convingerile religioase care ghidau comunitatea. Fiul nu avea posibilitatea de a repudia moștenirea și nici tatăl nu putea să îl dezmoștenească deoarece nu îi era permis să anuleze puterea părintească. Aceste reguli au fost cu greu abandonate din cauza concepției conform căreia nu pământul și vatra sfântă se transmiteau de la o persoană la alta, acestea fiind imobile, ci omul era trecător<sup>67</sup>. Posibilitatea de a transmite patrimoniul altor persoane decât cele stabilite de forța naturală s-a dezvoltat treptat, mai întâi prin adopție, apoi printr-o operațiune de transmitere a proprietății încheiată în timpul vieții, pentru ca, în final, să ia naștere ceea ce astăzi numim act juridic *mortis causa*.

Totuși, aceste modalități de eludare a legii comune erau foarte greu de realizat, fiind supuse unui formalism drastic. Adopția putea fi realizată doar de un *pater familias* care nu avea succesori legitimi deoarece fundamentul primordial al acestei instituții consta în datoria de a continua cultul sacru, de a se îngriji de vatra sacră și de a asigura dăruirea ofrandelor funebre<sup>68</sup>. Ambele forme în care se putea realiza adopția, respectiv *adrogatio* (făcută cu aprobarea poporului) și *adoptio* (făcută prin *imperium* al magistratului), aveau scopuri de natură succesorală. Prin acestea se urmărea fie modificarea ordinii moștenitorilor, diminuarea drepturilor descendenților sau eludarea unor interdicții, fie asigurarea pentru împărați a continuității dinastice (după August). Faptul că adopția se făcea în fața comițiilor sugera seriozitatea și importanța unui asemenea act pentru ordinea publică deoarece prin stingerea unei familii ar fi dispărut un nume, un cult domestic de care pontifii erau interesați<sup>69</sup>.

Constatăm așadar că rațiunea care îi împingea pe cei neînzestrați cu fii să procedeze la adopție nu poate fi confundată cu noțiunea de cauză a actului juridic, acel element care face legătura între voința manifestată de autorul actului și efectele juridice pe care acesta le caută. Dorința lui *pater familias* era doar cea de a avea o persoană care să se ocupe de perpetuarea cultului sacru deoarece stingerea neamului era considerată o nenorocire. El nu urmărea ca prin voința lui să genereze raporturi juridice, ci avea un alt interes decât cel modern, respectiv să creeze o stare de fapt care înainte nu exista, existența unui fiu.

Mai târziu, evoluția societății și, odată cu ea, dezvoltarea proprietății private au determinat dezvoltarea ideii conform căreia devoluțiunea succesorală se putea realiza și prin voința lui *pater familias*. Prima formă cunoscută de testament, utilizată pe timp de pace, era denumită *calatis comitiis* deoarece lua ființă doar printr-o lege votată de curii.

Remarcăm că acest tip de testament impunea, în primul rând, ca ultima voință să fie manifestată public, având în vedere că persoana care scotea bunuri din patrimoniul familiei, încălcând legea stabilită de religie, trebuia să își asume în fața poporului stigmatizarea ce decurgea dintr-un astfel de act. În al doilea rând, pentru ca moștenirea să urmeze cursul indicat

de testator, era necesară aprobarea comițiilor curiate, care se întruneau de două ori pe an, în 24 martie și în 24 mai. Voința, dacă era aprobată, îmbrăca forma unei legi destinată să modifice ordinea succesorală reglementată foarte riguros potrivit concepțiilor religioase.

Dezavantajele testamentului *calatis comitiis* erau semnificative, prin prisma faptului că era accesibil numai patricienilor, iar voința testatorului putea fi cenzurată de adunările solemne, care aveau un scop exclusiv religios, fiind singura modalitate prin care se putea îngădui o schimbare a celor sacre. Aceste comiții aveau însă și rolul de a reprezenta o mărturie pentru testament (de aici și denumirea de *testamentum*). În paralel, a existat și testamentul *in procinctu*<sup>70</sup>, menit a fi realizat în vreme de război. Era permis ostașului să aranjeze situația familiei sale, în fața oștirii, înainte de a pleca spre câmpul de luptă<sup>71</sup>. Datorită perioadei în care putea fi făcut un astfel de testament, aceasta era accesibil și plebeilor.

Din cele prezentate observăm că, cel puțin în această perioadă, testamentul nu reprezenta în niciun caz un act juridic unilateral, iar simpla manifestare de voință a persoanei nu era aptă să producă niciun efect juridic, în lipsa acestei legi de excepție. Era firesc să fie așa, din moment ce testamentul nu avea o funcție patrimonială, ci una esențialmente spirituală. De altfel, dreptul roman nu accepta autonomia de voință, fiind imposibil de conceput ca voința singură, fără aceste forme exterioare stricte, să genereze efecte juridice.

Cu toate că rolul decisiv al comițiilor și-a pierdut din importanță în timp, iar Legea celor XII Table a consacrat puterea voinței testatorului, ideea exprimării publice a voinței, în fața unor martori, nu a fost abandonată, încărcătura de sensuri a formalismului rămânând neschimbată. Forma *per aes et libram* (prin aramă și balanță) permitea ca declarația să fie făcută în fața a treizeci de lictori, chiar și în alte zile decât cele în care se întruneau comițiile, iar forma *in procinctu* presupunea prezența unor martori, camarazi de arme, înainte de a pleca la luptă<sup>72</sup>.

Testamentul *per aes et libram* reprezenta o aplicație a mancipațiunii fiduciare, fiind instituit pentru protejarea celor care nu își făcuseră testament în fața comițiilor curiate, dacă se întâmpla să fie amenințați de o moarte neașteptată. În virtutea acestuia, testatorul transmitea familia sa unui prieten de încredere, prin *mancipatio nummo uno*, încheind totodată cu acesta un pact fiduciar, prin care cumpărătorului (*familiae emptor*) îi era indicat numele moștenitorului și modalitatea în care trebuia să distribuie bunurile fiduciare după moartea vânzătorului. Familia însemna întregul patrimoniu familial, compus nu doar din lucruri, ci și din ființe, fiind distinctă de *pecunia*<sup>73</sup>. Dezavantajul principal al operațiunii era faptul că transmisiunea patrimoniului opera din momentul realizării mancipațiunii, având caracter definitiv. De asemenea, soarta acestui tip de testament a depins mult timp de buna-credință a lui *familiae emptor*, persoană întotdeauna străină de familie deoarece familia era *in manus* cu privire la patrimoniu. Pactelor fiduciare nu le era atribuită nicio sancțiune juridică, executarea lor fiind o obligație morală.

Prin acest mecanism de tip contractual se stabilea ca *familiae emptor* să țină doar locul adevăratului moștenitor (*herdis loco*), fiind folosit așadar pentru a opera o schimbare în ceea ce privește starea persoanelor sau a lucrurilor. Din nou, subliniem că nici acest procedeu nu avea natura juridică a unui act unilateral, iar voința testatorului producea efecte *inter vivos* și era irevocabilă.

Inconveniente au fost ameliorate în timp, iar *familiae emptor* nu mai dobânda proprietatea, având o simplă detenție pe care era obligat să o transmită mai departe către eredele instituit prin testament. Acesta din urmă avea și sarcina de a distribui legatele lăsate de *de cuius*. În dreptul clasic se practica în continuare testamentul *per aes et libram*, alături de alte trei forme, respectiv testamentul nuncupativ<sup>74</sup>, materializat în declarația în formă orală făcută în prezența a cinci martori cetățeni romani și a cântăritorului, testamentul pretorian, care se realiza în formă scrisă, înscrisul purtând și pecețile martorilor cetățeni romani și testamentul militar, care nu conținea nicio condiție de formă, singura cerință cerută fiind ca voința testatorului să fie clar exprimată, indiferent de suport.

Din Instituțiile lui Gaius aflăm modalitatea concretă în care se realiza testamentul nuncupativ: <<cel care făcea testamentul, după ce a scris tăblițele testamentare, vine și îi mancipează cuiva, de formă, averea, de față cu cinci martori, cetățeni romani, puberi, și un cântăritor, ca la celelalte mancipațiuni. În acest act, cumpărătorul averii, rostește următoarele cuvinte: „Eu afirm că patrimoniul (familia) și averea ta personală (*pecunia*) rămân ale tale, dar din însărcinarea ta ele vor trece în paza și sub supravegherea mea; și pentru ca tu să îți poți face testamentul în regulă, după obșteasca rânduială, fie-mi ele dobândite mie prin această bucată de aramă”, iar unii adaugă „și prin această balanță de aramă”. Apoi atinge balanța cu bucata de aramă pe care i-o dă testatorului, în loc de preț. După aceea testatorul, ținând în mână tăblițele, spune și el următoarele: „Eu dau, leg și testez aceste bunuri așa cum sunt înscrise pe aceste tăblițe unse cu ceară, iar voi, quiriților, să-mi dați mărturia voastră”>><sup>75</sup>.

Testamentul nuncupativ reprezenta o combinație între testamentul comițial și cel prin mancipațiune, aspect ce rezulta din formalitățile complexe, din insistențele cumpărătorului familiei asupra acestei *lex publica* ce permite dispunătorului să testeze, precum și din repetarea formulei sacramentale improprie *ita do, ita lego, ita testor, itaque vos quirites testimonium mihi perhibe et tote*. Această sintagmă era preluată din formalismul testamentului comițial, însă nu se mai justifica în fața martorilor și a purtătorului de balanță. Efectul atenuării treptate a formalismului s-a concretizat în transformarea lui *familiae emptor* într-un simplu executor al voinței lui *de cuius*, fără ca moștenirea să mai treacă prin patrimoniul acestui intermediar.

S-a susținut că o consecință importantă a acceptării acestei forme de manifestare a voinței testamentare a condus la construirea caracterului unilateral și revocabil al acestui act<sup>76</sup>. Un alt autor observă, în mod just credem noi, că *mancipatio familiae* nu era un testament, ci un act total diferit de acesta, iar Gaius se înșeală când îl consideră echivalent cu testamentul la care se recurgea în intervalul de timp dintre cele două comiții, în fața a cinci martori<sup>77</sup>. În caz contrar, controlul comițial ar fi fost foarte simplu de eludat. Nu putem să nu remarcăm formula prin care testatorul le cerea celor prezenți să-i dea mărturia și considerăm că aceasta nu era o simplă reminiscență din vechiul drept, ci a fost păstrată cu menirea de a sublinia rolul esențial al martorilor.

Deducem din cele prezentate că funcția martorilor era extrem de importantă întrucât aceștia confirmau dorința persoanei care testa și se asigurau că va fi pusă în practică. Prin urmare, martorii erau cei care garantau nu doar eficiența testamentului, ci și executarea sa. Acest fapt rezultă și din împrejurarea că procedura trebuia să fie neîntreruptă, considerându-se că exprimarea voinței este mai întregă și mai consecventă când s-a făcut dintr-o dată decât prin acte succesive

și depărtate în timp, iar spusele martorilor oferă mai mult crezământ despre ceea ce au auzit cu ocazia unui act solemn săvârșit fără întrerupere. (*Uno contextu actus testari oportet. est autem uno contextu nullum actum alienum testamento intermiscere: quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitatur.*<sup>78</sup>) Credem că putem să susținem așadar, în mod întemeiat, că nu actul în sine îl obliga pe *emptor*, ci comunitatea, martorii care cunoșteau intenția testatorului.

Momentul recunoașterii acestui tip de testament a constituit punctul de cotitură al percepției testamentului ca sursă de obligații. Tot în acea perioadă a avut loc o schimbare a viziunii asupra legii, care s-a transformat dintr-o voință sacră într-un asentiment popular.

Formalitățile menționate mai sus nu erau însă suficiente pentru ca testamentul să fie considerat valabil conform dreptului civil. Testatorul trebuia, în plus, să instituie moștenitorul în mod solemn și după rânduială deoarece se considera că instituirea de erede era temelia testamentului și întreaga procedură era lipsită de efect dacă nu erau folosite formulele impuse. Cu toate acestea, pretorul a acordat moștenitorilor instituți *bonorum possessio*, cu condiția ca testamentul să fi fost pecetluit cu sigiliile a șapte martori. La început, eredele instituit nu se putea prevala de acest beneficiu în fața moștenitorilor legali sau a celor desemnați printr-un testament conform lui *ius civile*, însă împăratul Antoninus Pius a remediat prin rescript această situație, oferind caracter *cum re posesiei*, printr-o excepție de dol pusă la îndemâna instituitului printr-un testament neregulat<sup>79</sup>. Așa cum s-a arătat însă, excepțiunea de dol în materie de succesiune *ab intestat* nu era acordată în orice situație în care moștenitorul legitim se afla în conflict cu cel testamentar, fiind incidentă numai în ipoteza în care printre succesorii *ab intestat* se găseau și unii care erau creditori ai defunctului<sup>80</sup>.

Ulterior au fost simplificate tot mai mult condițiile de formă necesare pentru întocmirea unui testament, cerința mancipațiunii a fost eliminată, iar actul putea fi realizat verbal (nuncupativ), chiar dacă dispunătorul nu era în pericol de moarte, sau în scris, pe orice suport material. A fost menținută, în continuare, condiția referitoare la prezența și semnătura martorilor<sup>81</sup>. În acest mod, testamentul a căpătat individualitate, fiind consacrat ca act de ultimă voință. Creșterea importanței voinței testatorului a făcut ca succesiunea *ab intestat* să fie eliminată de succesiunea testamentară, prima aplicându-se doar în momentul în care nu exista testament, era invalid ori a fost anulat ulterior. Romanii au preferat succesiunea testamentară succesiunii *ab intestat* atât din considerente de ordin sentimental, cât și datorită faptului că prin testament nu se realiza doar instituirea de moștenitori, ci se mai efectuau și alte operațiuni juridice precum dezrobirea unui sclav, instituirea unui tutore<sup>82</sup>. De asemenea, cele două tipuri de succesiuni nu se puteau aplica în același timp. Dacă *de cuius* nu testase decât pentru o parte din bunurile sale, asupra celeilalte nu se aplicau regulile succesiunii *ab intestat*, ci avea loc o creștere a părților succesoriilor testamentari în proporție cu cota ce le revenea.

Deși Legea celor XII Table recunoștea libertatea de a testa – „după cum a dispus prin testament de averea sa așa să fie” (*uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita jus esto*), dreptul roman a dezvoltat treptat anumite limite acestei libertăți. Pornind de la ideea că succesiunea în cadrul familiei prevalează libertății de a testa, s-au pus la dispoziția succesoriilor legitimi două garanții. Prima dintre ele viza forma, respectiv obligația de a dezmoșteni expres anumite categorii de prezumabili moștenitori și una de fond, referitoare la interdicția de a dezmoșteni anumiți moștenitori fără existența unor rațiuni întemeiate.

Astfel, chiar dacă *pater familias* avea putere de apreciere în ce privește alegerea eredelui, putând chiar să îl înlătore de la moștenire pe *heres suus*, legea îi impunea totuși o manifestare expresă și o indicare explicită în acest sens, sub sancțiunea nevalabilității testamentului. Cel care avea un fiu sub *potestas* era obligat fie să îl instituie moștenitor, fie să îl dezmoștenească nominal<sup>83</sup>. Se considera că dacă fiul nementionat în testament trăia la data morții tatălui său, instituirea de erede nu era valabilă deoarece primul devenea moștenitor *ab intestat*. Ba mai mult, chiar și în ipoteza în care fiul omis precededese tatălui, sabinienii apreciau că testamentul afectat de viciu la momentul întocmirii sale era în continuare lipsit de valabilitate. Opinia contrară, susținută de proculieni, era în sensul menținerii testamentului prin prisma faptului că motivul care făcea aplicabilă instituirea *ab intestat* dispăruse.

Reforma cu privire la sistemul succesoral din perioada dreptului pretorian a consacrat rudenii de sânge mai întâi în paralel cu cea agnatică pentru ca, mai târziu, să o înlocuiască pe aceasta din urmă. S-a ajuns în acest mod la regula conform căreia dezmoștenirea trebuia să fie făcută nominal pentru toți descendenții de sex masculin, indiferent de gradul de rudenie, sub sancțiunea nulității relative și parțiale a testamentului.<sup>84</sup> În timpul împăratului Iustinian procedura a fost simplificată, forma nominală fiind impusă indiferent de sexul descendenților.

La sfârșitul Republicii, având la bază diminuarea valorilor morale și decăderea familiei, practica instanțelor s-a conturat în sensul desființării testamentelor făcute în dauna familiei, prin care rudele apropiate fuseseră dezmoștenite fără niciun motiv întemeiat. Se considera că *de cujus* nu a fost în deplinătatea facultăților mintale din moment ce a statuat în disprețul îndatoririlor de afecțiune față de familia sa, luând naștere astfel așa-numita acțiune *querela inofficiosi testamenti* care, în caz de admitere, conducea la nulitatea testamentului. Pas cu pas s-a dezvoltat și instituția rezervei succesoriale, iar în dreptul postclasic testamentul nu mai era declarat ineficient prin *querela*, reclamantul putând obține doar o complinire a rezervei sale.

### Legatul și fideicomisul

Modalitățile de dobândire a dreptului de proprietate în dreptul roman erau de două categorii, respectiv *per universitatem*, când o persoană dobândea totalitatea bunurilor (cum este cazul succesiunii testamentare) sau *singularim*, când persoana dobândea proprietatea asupra unui bun sau asupra unor bunuri determinate<sup>85</sup>. Legatul era un mod de transmitere a proprietății cu titlu particular deoarece genera numai drepturi izolate asupra unor obiecte determinate, iar nu asupra averii privită în ansamblu. Așa cum am văzut, testamentul nu avea niciodată aptitudinea ca, prin el însuși, să transmită drepturi individuale. Acest act era unul mai degrabă religios decât juridic. Misiunea sa principală era cea de a asigura continuitatea cultului funebru și abia ulterior, doar în plan secund, putea fi determinat un rol patrimonial. În schimb, legatul era modalitatea prin care o persoană putea să o gratifice pe alta, fără ca aceasta din urmă să continue personalitatea autorului.

Iustinian definea legatul ca fiind donația pe care defunctul o lasă (*legatum itaque este donatio quaedam a defuncto relicta*<sup>86</sup>), iar în Digeste găsim alte definiții care conferă legatului caracterul de dispoziție testamentară<sup>87</sup>. În orice caz, era cert că o astfel de dispoziție putea să

fie cuprinsă doar într-un testament și numai după mențiunea privitoare la instituirea de erede deoarece acesta din urmă avea sarcina de a executa voința testatorului stabilită prin legat.

Formalismul strict al romanilor nu putea să ocolească nici materia succesiunilor, așa încât legatele trebuiau să fie făcute în termeni sacramentali, în caz contrar fiind lovite de nulitate. Sub aspect formal, legatele erau de mai multe tipuri și acordau legatarului, pentru dobândirea bunului lăsat, fie acțiuni personale, fie reale. Din perspectiva persoanelor implicate, legatul reprezenta o operațiune tripartită, fiind implicat testatorul, care încredința celui instituit prin testament (grevat) sarcina de a executa legatul în favoarea beneficiarului. Pentru valabilitatea dispoziției, autorul și legatarul trebuiau să aibă capacitatea de a lăsa, respectiv de a primi legatul<sup>88</sup>.

Fideicomisul, ca modalitate distinctă de a dispune cu titlu particular, a prins ființă ca urmare a nevoii de a eluda formalismul impus pentru întocmirea unui testament. Dacă *pater familias* dorea să facă, printr-un act de ultimă voință, o liberalitate unei persoane care nu avea capacitatea de a fi instituită prin testament, ruga pe moștenitor (*fidei committere*) să îi îndeplinească această dorință. Spre deosebire de legate, fideicomisele puteau fi lăsate atât în sarcina moștenitorului testamentar, cât și a celui legal, precum și a tuturor celor care primeau ceva din succesiune<sup>89</sup>. De asemenea, acestea nu erau supuse unei forme, fiind valabile chiar și cele făcute oral sau inserate într-un codicil neconfirmat prin testament. Operațiunea a dobândit, în primă fază, o recunoaștere administrativă, executarea putând fi solicitată de consuli și, mai târziu, de pretori<sup>90</sup>.

În epoca lui Iustinian, legatele și fideicomisele au fost asimilate, având în vedere că domeniul de aplicare al acestora a fost limitat, iar posibilitatea de a întocmi astfel de liberalități a fost restrânsă. Măsurile restrictive au venit în sprijinul eficacității testamentelor deoarece libertatea de voință nelimitată a condus la făurirea de legate care depășeau emolumentul moștenirii, astfel încât instituitul nu mai avea niciun interes să o accepte, fapt care atrăgea căderea tuturor legatelor. Așadar, legea *Furia testamentaria* a interzis legatele mai mari de o mie de ași, legea *Voconia* a prohibit posibilitatea ca legatarii să primească mai mult decât vreunul din erezii instituiți, iar legea *Falcidia*, cea mai eficientă, a introdus *quarta legitima*. Conform acesteia din urmă, eredele instituit trebuia să primească un sfert din partea pentru care fusese desemnat, în caz contrar intervenind, de drept, reducățiunea legatelor excesive proporțional cu importanța lor<sup>91</sup>.

În ceea ce privește executarea legatelor, este important de menționat că acestea, pentru a produce efectele scontate de *de cuius*, depindeau de hotărârea persoanei instituite referitor la acceptarea moștenirii. Singura excepție era reprezentată de ipoteza în care exista un moștenitor necesar. În caz contrar, chiar dacă legatarul avea aptitudinea de a dobândi bunul lăsat prin legat încă de la momentul decesului testatorului, consolidarea dreptului său se producea numai în momentul acceptării moștenirii de către instituit. Mai mult, deși acest aspect a fost controversat pentru o perioadă de timp, s-a impus opinia potrivit căreia era necesară și acceptarea beneficiarului, considerându-se că bunul nu devine proprietatea legatarului decât dacă acesta ar fi dorit ca lucrul să îi aparțină<sup>92</sup>. Legatarul nu avea însă posibilitatea de a intra în posesia bunului fără acordul celui grevat cu executarea. Prin urmare, remarcăm că efectele legatului nu erau nicidecum generate exclusiv de voința autorului testamentului, ci soarta lor depindea de anumite circumstanțe exterioare.

### Testamentul, expresie a puterii părintelui asupra familiei

În sens sociologic, puterea reprezintă ansamblul sau sistemul relațiilor de putere constituite într-o societate istoricește determinată, exprimând autoritatea pe care un individ sau un grup de indivizi o are asupra altora pentru realizarea unui scop comun, asumat de membrii colectivității sau impus acestora de către cei care exercită puterea<sup>93</sup>. Puterea reprezintă un fenomen relațional, iar esența sa este oferită de subiectul puterii, de obiectul ei și de mijloacele sau metodele întrebunțate pentru realizarea sa, respectiv de raportul existenței între constrângere și convingere. Sesizarea puterii devine posibilă exclusiv prin exteriorizarea acesteia într-un cadru relațional.

În studiul nostru ne interesează puterea la nivelul familiei. Așa cum am arătat anterior, în perioada antică romană, autoritatea primă aparținea religiei casnice, celui zeu care era mai presus de tată, pe care îl numeau *Lar familiae Pater* (Laurul, tatăl familiei) și care stabilea rangurile în familie. Tatăl era primul care slujea focul sacru, iar în cadrul ceremoniilor religioase el îndeplinea cea mai înaltă funcție. Conform credințelor familiei romane, cultul casnic continua prin tată deoarece acesta reprezenta întregul șir al descendenților. Din moment ce femeia nu putea să aibă o vatră sacră care să îi aparțină, ea nu avea niciodată legătură cu ceea ce dădea autoritate în casă. Pentru a indica puterea soțului asupra soției sale, latinii foloseau termenul *manus*, însă nu ca urmare a forței acestuia, ci ca expresie a credinței religioase care îl situa pe bărbat mai presus de femeie. În ceea ce privește copiii, cu toate că natura nu impunea o subordonare permanentă a acestora față de tatăl lor, principiile religioase îi obligau să rămână legați de vatra sacră și supuși autorității părintești<sup>94</sup>.

După cum am observat, în vechiul drept roman testamentul era o formă de manifestare a autorității lui *pater familias* care era responsabil de perpetuarea cultului. În exercitarea acestei datorii supreme, de șef religios, el stabilea care dintre fiii săi va fi continuatorul religiei casnice. La fel cum tatăl avea dreptul să își recunoască sau să își îndeparteze copilul la naștere, acesta avea, de pildă, și dreptul de a desemna pe patul de moarte un tutore pentru soție și pentru copiii săi. De asemenea, fiind înzestrat cu o largă putere de decizie atât în privința bunurilor, cât și în privința persoanelor pe care le avea sub putere, acesta putea chiar să înlătore de la moștenire un erede. Testamentul având ca scop primordial transmiterea sacrelor private, celelalte clauze inserate în act erau lăsate în plan secund.

Această regulă a durat doar atâta timp cât religia casnică a guvernat raporturile unității familiale. Autoritatea părintelui asupra grupului familial s-a manifestat și în evul mediu, aceasta fiind însă limitată în timp până la momentul majoratului sau până la căsătoria copilului<sup>95</sup>. Puterea avea la bază, în acest context, ascendentul moral al tatălui asupra copiilor săi.

Vechiul drept românesc a avut la bază un caracter cutumiar căruia i s-au alăturat, treptat, diferite legiuri ale domnitorilor. În ceea ce privește moștenirea, transmiterea *ab intestato* a precedat succesiunea testamentară și a avut ca scop păstrarea bunurilor devălmașe în familie. În momentul în care proprietatea privată a prins contur, s-a evidențiat și posibilitatea de a lăsa bunurile, după moarte, în afara familiei. Acest fenomen a fost încurajat de biserică și de domnitori, prin exploatarea considerentelor de ordin religios<sup>96</sup>. Așa au luat naștere diatele,



respectiv testamentele făurite în formă scrisă, înlocuind așa numita „limbă de moarte” care reprezenta forma veche, orală.

Așa cum s-a susținut în doctrină, diatele reprezentau modalitatea prin care testatorul își impunea autoritatea asupra grupului familial, modificând succesiunea legală, prin puterea și ascendentul moral de care se bucura în cadrul grupului familial<sup>97</sup>. Testatorul, prin puterea sa, și, așa cum vom vedea, prin apelul la cele sacre, avea posibilitatea de a-i sancționa pe fiii nevrednici prin dezmoștenire, de a-și proteja soția supraviețuitoare sau alte rude care, în caz contrar, nu ar fi avut acces la moștenire. A prezentat autorul în lucrarea sa<sup>98</sup> cele patru argumente pentru care consideră că testamentul este un instrument prin care creatorul acestuia își impune autoritatea și voința asupra grupului familial. Așadar, grija pentru posteritate îl determină pe testator să distribuie rolurile și drepturile în cadrul familiei, sentimentele firești față de soțul supraviețuitor îi impun să echilibreze situația acestuia, care era dezavantajat de reglementările în vigoare, nesocotirea autorității părintești de către copii trebuia descurajată, iar grija pentru suflet îl făcea să dicteze familiei ritualul și locul de înmormântare.

Considerăm că este necesar să subliniem, în plus, că puterea celui care lăsa testamentul era întotdeauna impusă familiei printr-o formulă care le interzicea să-i încalce voința, sub amenințarea unui blestem al lui Dumnezeu. Cu titlu de exemplu, prezentăm și noi câteva expresii inserate în diate cu scopul de a asigura executarea conformă a acestuia. Leca Spătarul le-a spus „și cine va călca cuvântul meu și mai va scorni alte gâlcevi la mijlocul lor, acela să fie blestemat și afurisit de vlădica Iisus Hristos și de 318 sfinți părinți de la Niceea și de mine, amin”<sup>99</sup>. Mihai Cupeț postăvarul din București a menționat că cele prevăzute de el în testament trebuie respectate întocmai deoarece lasă „cu mare blestem la toate câte eu am scris și am așezat”<sup>100</sup>. Constantin Cantacuzino, în finalul testamentului său, a precizat: „aceasta vă poruncesc feții mei să faceți, iar care ar lepăda porunca mea să-l bată Dumnezeu, iar care va asculta învățătura și porunca părintelui său, să-l miluiască Dumnezeu și în această lume și în cealaltă”<sup>101</sup>.

Această abordare a testamentului ne sugerează că acest act de ultimă voință nu a fost privit ca act juridic ci, mai degrabă, ca o stare de fapt mărturisită a cărei executare se baza pe autoritate și pe executorii care îl puneau în practică.

### **Testamentul astăzi**

Dispozițiile art. 955 alin. 1 C.civ. consacră existența în dreptul nostru a moștenirii legale și a celei testamentare. Din exprimarea legiuitorului rezultă preeminența moștenirii legale: aceasta constituie regula, pe când moștenirea testamentară reprezintă excepția. Alineatul 2 al art. 984 C.civ. evidențiază enumerarea strict limitativă a categoriilor de liberalități și inaugurează un raport exclusiv între legat și testament. Astfel, legatul este definit ca fiind dispoziția testamentară prin care testatorul stipulează ca, la decesul său, unul sau mai mulți legatari să dobândească întregul său patrimoniu, o fracțiune din acesta sau anumite bunuri determinate.

Întrucât legatul este liberalitatea, iar nu testamentul, acesta a fost definit cu prioritate. Definiția testamentului este cuprinsă în art. 1034 C.civ., ca fiind actul unilateral, personal și revocabil prin care o persoană, numită testator, dispune, în una dintre formele cerute de lege, pentru timpul când nu va mai fi în viață. Din această definiție reies principalele caracteristici ale testamentului: act juridic unilateral, personal, solemn și revocabil.

Soluția este salutară, cu atât mai mult cu cât în reglementarea anterioară definiția dată testamentului în sensul că este un act revocabil prin care testatorul dispune, pentru timpul încetării sale din viață, de tot sau parte din avutul său, viza de fapt legatul, ca dispoziție testamentară. Deși principala menire a testamentului este să asigure transmiterea, în tot sau în parte, a patrimoniului succesoral potrivit voinței testatorului, prin modul în care este definit legatul înțelegem că testamentul, pe lângă legate, poate cuprinde și alte dispoziții de ultimă voință sau chiar numai astfel de dispoziții. Potrivit art. 1035 teza finală C.civ., nu este obligatoriu ca testamentul să conțină dispoziții referitoare la bunurile defunctului.

În materie de interpretare, art. 1039 alin. 1 C.civ. statuează că regulile de interpretare a contractelor, reglementate în art. 1266-1269 C.civ., sunt aplicabile și testamentului, în măsura în care sunt compatibile cu caracterele juridice ale acestuia. Având în vedere că, potrivit art. 1266 alin. 1 C.civ., contractele se interpretează după voința concordantă a părților, iar nu după sensul literal al termenilor, determinarea sensului și, implicit, a efectelor clauzelor dintr-un testament se va face doar în raport de voința reală a lui *de cuius*. Conform art. 1039 alin. 2 C.civ., elementele extrinseci înscrisului testamentar pot fi folosite numai în măsura în care se sprijină pe cele intrinseci, însă acest text trebuie coroborat cu regula din materia interpretării contractelor - clauzele se interpretează unele prin altele, dând fiecăreia înțelesul ce rezultă din ansamblul contractului (art. 1267 C.civ.) - conducând la o interpretare sistematică (indivizibilă) a testamentului.

### **Natura juridică**

Analizând formele inițiale ale testamentului utilizate în dreptul roman, considerăm că acestea nu erau considerate acte juridice. Testamentul nu era altceva decât o stare de fapt mărturisită, elementul său central fiind reprezentat de instituirea de moștenitori. Principala îndatorire a acestora din urmă era de a distribui, în calitate de executori, bunurile succesiunii, în conformitate cu dispozițiile autorului.

De altfel, în prima fază de fasonare a dreptului, nici nu a interesat ca testamentul să fie act juridic. Problema naturii juridice a acestei realități s-a pus doar în momentul în care s-a discutat despre sursele obligațiilor, respectiv despre sursele drepturilor subiective. Or, testamentul, ca realitate faptică, a apărut cu mult înainte de apariția dezbaterii referitoare la izvoarele obligațiilor. Chiar așa fiind, înainte de acest moment, testamentul era ignorat din punct de vedere al surselor obligaționale, fiind privit mai degrabă din punct de vedere spiritual decât material. Acest fapt se explică prin percepția existentă la momentul respectiv, conform căreia rolul testamentului era de a schimba ordinea stabilită de religie în privința transmiterii bunurilor și a cultului. În epoca vechiului drept roman legile erau o transpunere a cutumelor religioase și corespundeau credințelor vechilor generații, nefiind o creație a omului sau rezultatul vreunui scrutin popular.

Interesul delimitării actelor de fapte exista și în acel moment, însă testamentul nu era analizat dintr-o asemenea perspectivă deoarece reprezenta altceva pentru romani. Era o figură care nu putea fi tratată din punct de vedere juridic la fel ca mecanismele care se includeau în categoria surselor de drepturi subiective.

Mai multe argumente ne îndeamnă să considerăm că lucrurile au stat astfel. La început, dreptul roman nu a avut nevoie de categorisirea surselor de obligații. Problema izvoarelor obligațiilor nu a fost teoretizată întrucât jurisconșulții urmăreau, mai degrabă, soluții practice decât construirea unor modele teoretice. Abia mai târziu, odată cu dezvoltarea economică și socială, schimbul tot mai frecvent de mărfuri și servicii a reliefat necesitatea acordării unei atenții sporite în materia obligațiilor. Astfel, s-a avut în vedere în special reglementarea comerțului, prin intermediul unor șabloane de tip contractual. Acesta a fost momentul în care jurisconșulții au încercat să transpună anumite situații ale vieții sociale în modele conceptuale, dând naștere teoriei surselor obligaționale. Prin urmare, Gaius a categorisit, pentru prima dată la sfârșitul secolului al doilea, izvoarele obligațiilor în cele două diviziuni, contractele și delictete.

Pe de altă parte, niciun autor roman nu a menționat testamentul printre sursele obligațiilor. Așa cum am văzut, aceste izvoare au fost divizate mai întâi în contracte și delictete, fiind adăugată apoi categoria altor cauze, iar mai târziu în contracte, cvasicontracte, delictete și cvasidelictete. Totuși, nu s-a susținut niciodată că testamentul s-ar încadra în una din aceste surse. Deducem așadar că această manifestare de ultimă voință nu era considerată a da naștere unor obligații juridice.

Bineînțeles că lucrurile s-au schimbat între timp, concepția din zilele noastre fiind categorică în sensul includerii testamentului în specia surselor de obligații. În ciuda acestui aspect, chiar și în prezent, discuția nu este definitiv tranșată în privința calificării testamentului în categoria actelor juridice. Având în vedere multitudinea de dispoziții care pot fi făcute prin testament, se pune întrebarea dacă acesta poate fi calificat ca act juridic de sine stătător sau dacă nu cumva este numai o formă sau un tipar pentru alte acte juridice inserate în cuprinsul său. Doctrina este divizată în ceea ce privește concepția asupra naturii juridice a testamentului. În sensul concepției tradiționale care consideră că acesta este un act juridic<sup>102</sup>, s-a argumentat că legatul reprezintă doar cauza actului juridic, care rămâne testamentul.

Autorii care susțin concepția contrară sunt de părere că testamentul este doar suportul formal pentru toate dispozițiile cu valoare de acte juridice pe care le cuprinde și trebuie să îndeplinească condițiile de fond prevăzute de lege pentru actul pe care îl înglobează și condițiile de formă ale testamentului<sup>103</sup>. De exemplu, recunoașterea filiației făcută prin testament este irevocabilă, în ciuda faptului că testamentul este esențialmente revocabil. Unii autori au afirmat că această împrejurare nu constituie o derogare de la principiul revocabilității testamentare, ci o expresie a regulii că în unitatea materială a unui testament coexistă, păstrându-și caracterele juridice proprii, acte juridice de sine stătătoare și cu efecte specifice<sup>104</sup>. În același sens, s-a susținut că în unitatea materială a înscrisului testamentar, sunt cuprinse, din punct de vedere intelectual, o pluralitate de acte juridice deosebite, supuse fiecare, cât privește fondul, regimului său juridic propriu<sup>105</sup>. Pentru aceleași considerente, este posibil ca unele acte juridice din cuprinsul testamentului să fie lovite de nulitate, iar altele să își păstreze pe deplin valabilitatea, iar revocarea expresă a unor dispoziții testamentare făcută printr-un testament ulterior să fie valabilă, chiar dacă acest din urmă testament nu se poate executa. Tot astfel, dispozițiile din cuprinsul testamentului pot produce efecte la date diferite. Legatele, de pildă, produc efecte doar de la data deschiderii moștenirii, pe când recunoașterea de filiație produce efecte de îndată.

În ceea ce ne privește, amintim că voința juridică, pentru a da naștere unui act juridic, trebuie să urmărească producerea unui anumit scop juridic. În schimb, dacă voinței îi lipsește cauza, consimțământul persoanei cu privire la îndeplinirea unui act reprezintă o simplă stare de fapt. Chiar dacă stările de fapt pot să se afle în strânsă legătură cu dreptul, acestea nu sunt caracterizate prin drepturi sau obligații civile. Așadar, dacă raportul născut dintr-un act este unul social și nu are nicio sancțiune juridică înseamnă că acel act nu a generat decât stări de fapt. Pentru ca un fapt de voință unilaterală să se metamorfozeze într-un act este necesar ca acesta să fie introdus într-un perimetru juridic. În cazul testamentului, situația de fapt mărturisită depinde de o situație externă și viitoare pentru a fi transformată în act juridic. Producerea efectelor atârână de îndeplinirea anumitor condiții: moarte, bunurile existente în patrimoniu, acceptare. În lipsa îndeplinirii acestora, voința autorului, chiar manifestată sau mărturisită, nu poate să genereze niciun efect juridic. Pe de altă parte, observăm că testamentul, ca act de ultimă voință, nu poate niciodată să producă efecte juridice și în privința autorului său pentru simplu motiv că singura împrejurare în care acesta generează consecințe juridice este moartea autorului. Testamentul este, deci, un act pentru alții, care vor aprecia dacă el va produce consecințe juridice sau nu<sup>106</sup>. Este cert însă că acceptarea legatului este un act distinct, cu efecte proprii, și nu se unește cu cel dintâi în sensul formării unui act juridic bilateral.

În ceea ce privește transmisiunea testamentară, alături de lege și de act trebuie să mai intervină cel puțin încă un element, respectiv un fapt material sau un eveniment, respectiv moartea. Devoluțiunea testamentară se deschide printr-un fapt - decesul, este condiționată de un act - legatul și se manifestă într-un cadru legal imperativ. În plus, pentru a genera efecte obligaționale, este imperios necesar să intervină și actul acceptării. Toate aceste elemente sunt diferite ca natură și ne determină să ne întrebăm care este de fapt sursa obligațiilor incluse în testament. Așa cum am menționat anterior, situația este diferită de schema clasică de generare prin voință a mecanismului legal. Astfel, în cazul actelor juridice unilaterale reglementate de legiuitor, voința devine obligatorie în temeiul legii. Spre exemplu, cu privire la promisiunea publică de recompensă, este evident că obligația ia naștere ca urmare a manifestării voinței autorului, legea imprimându-i acesteia caracter obligatoriu.

În materia succesiunilor însă, lucrurile nu stau la fel. Considerăm astfel deoarece legea, respectiv norma obiectivă, este inertă și are nevoie întotdeauna de o normă privată care să o activeze. Or, în cazul testamentului, legatul și acceptarea sa sunt întotdeauna paralele, se întâlnesc cel mult în sfera efectelor. Fiecare dintre voințe este activă într-o epocă distinctă, însă niciuna nu este aptă să genereze singură transmisiunea, aceasta fiind mai degrabă un efect al legii. Nu ne aflăm așadar în ipoteza uzuală în care legea permite voinței să se dezvolte, să vrea ceva juridic.

Nașterea obligațiilor testamentare este un summum de elemente necesare și suficiente, cu mențiunea că legea intervine atât în prolog, cât și în epilog. Este evident că dacă nu exista legea care să determine cadrul normativ, nu putea să existe nici legatul. Dacă nu exista faptul morții, nu exista devoluțiunea. La fel, dacă nu exista acceptarea moștenirii, legatul rămânea fără sens.

Prin urmare, teoria conform căreia transmisiunea se produce în baza legatului nu este tocmai exactă. Dacă am aprecia astfel, am ajunge la o soluție artificială în care am fi de acord că transmisiunea ar interveni în temeiul unui act sub condiție sau sub termen. Dar, atâta timp cât doar faptul morții justifică discuția despre succesiuni, nu putem să vorbim despre vreo obligație

născută înainte de acest moment prin voința autorului. Nu negăm existența legatului, însă credem că acesta își produce efectele doar după decesul testatorului.

Explicația rezidă în aceea că generarea de obligații operează prin intermediul actului juridic, dar se află într-o stare latentă până în momentul în care este activată de faptul material, iar ulterior este necesar să fie acceptată pentru a produce efecte juridice. Pentru a ajunge de la voința lui *de cujus* la finalitatea dorită de acesta, legea ghidează toate operațiunile incidente, de la întocmirea legatului până la îndeplinirea condițiilor acceptării. Astfel, legea nu acordă competență deplină voinței pentru a genera efectele, ci intervine pe tot parcursul mecanismului juridic, condiționându-i eficacitatea.

Așadar, apreciem că testamentul nu se naște ca act juridic, ci are doar potențialul de a deveni act prin introducerea sa într-o conjunctură, respectiv prin încadrarea într-un perimetru juridic. Numai în acest mod se poate converti starea acestuia din fapt în act juridic. Pe cale de consecință, putem să concluzionăm că, deși astăzi pare credibilă ideea conform căreia obârșia actului juridic unilateral în dreptul privat se găsește în testament, istoria și natura juridică a instituției contrazice acest aspect.

---

\* Doctorand, Facultatea de Drept din cadrul UBB Cluj-Napoca; judecător, Judecătoria Alba Iulia; oanagligan@yahoo.com.

<sup>1</sup> A. Ionașcu - *Drept civil*, ed. Didactică și Pedagogică, București, 1963, p. 76

<sup>2</sup> M. B. Cantacuzino - *Elementele dreptului civil*, ed. Cartea Românească, București, 1921, p. 57

<sup>3</sup> L. Pop - *Tratat de drept civil. Obligațiile, vol. II - Contractul*, ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 16

<sup>4</sup> P. Vasilescu - *Drept civil. Obligații*, ed. Hamangiu, București, 2012, p. 229

<sup>5</sup> T. Pop - *Drept civil român. Teoria generală*, ed. Lumina Lex, București, 1993, p. 119

<sup>6</sup> L. Pop - *Tratat de drept civil. Obligațiile, vol. II - Contractul*, ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 17

<sup>7</sup> J. Ghestin - *Droit civil. Les obligations. Le contract*, L.G.D.J., Paris, 1980, p. 154

<sup>8</sup> D. Alexandresco, *Principiile dreptului civil român*, vol. III, București, 1926, p. 20; C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. II, ed. All, București, 1997, p. 498

<sup>9</sup> M. Avram - *Unele aspecte teoretice și practice ale actului unilateral de voință în dreptul român și dreptul comunitar* în *Analele Universității din București*, ed. Rosetti, 2003, p. 18

<sup>10</sup> I. Reghini, S. Diaconescu, P. Vasilescu – *Introducere în dreptul civil. Ediția a 2-a*, ed. Sfera Juridică, Cluj Napoca, 2008, p. 353

<sup>11</sup> P. Vasilescu - *Drept civil. Obligații*, ed. Hamangiu, București, 2012, p. 229

<sup>12</sup> I. Dogaru, *Valențele juridice ale voinței*, ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1986, p. 17; L. Gavrilu, *Voința și patologia ei*, ed. IRI, București, 1997, p. 11

<sup>13</sup> P. Vasilescu, *Relativitatea actului juridic civil. Repere pentru o nouă teorie generală a actului juridic de drept privat*, ed. Rosetti, București, 2003, p. 30

<sup>14</sup> P. Vasilescu - *Relativitatea actului juridic civil. Repere pentru o nouă teorie generală a actului juridic de drept privat*, ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 70

<sup>15</sup> P. Vasilescu - *Relativitatea actului juridic civil. Repere pentru o nouă teorie generală a actului juridic de drept privat*, ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 84

<sup>16</sup> M. L. Izorche - *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Presses Universitaires d'Aix, Marseille, 1995, p. 189

<sup>17</sup> P. Vasilescu - *Relativitatea actului juridic civil. Repere pentru o nouă teorie generală a actului juridic de drept privat*, ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 106

<sup>18</sup> P. Vasilescu - *Relativitatea actului juridic civil. Repere pentru o nouă teorie generală a actului juridic de drept privat*, ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 97

- <sup>19</sup> I. Reghini, S. Diaconescu, P. Vasilescu – *Introducere în dreptul civil. Ediția a 2-a*, ed. Sfera Juridică, Cluj Napoca, 2008, p. 353
- <sup>20</sup> M. B. Cantacuzino – *Elementele dreptului civil*, ed. Cartea Românească, București, 1921, p. 61-62
- <sup>21</sup> Gaius – *Institutele*, III.88, ediție îngrijită de A. N. Popescu - *Gaius. Instituțiunile. Traducere, studiu introductiv, note și adnotări*, ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1982, p. 217
- <sup>22</sup> Gaius, Dig., 44.7.1 pr., apud. V. Hanga, M. D. Bocșan - *Curs de drept privat roman*, ediția a II-a, ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 239
- <sup>23</sup> Iustinian, Inst. II, 20.1.,  
<https://books.google.ro/books?id=YR4OGSRb4WAC&pg=PA80&lpg=PA80&dq=false>, p. 14
- <sup>24</sup> V. Hanga - *Principiile dreptului privat roman*, ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1989, p. 93
- <sup>25</sup> M. Planiol - *Classification des sources des obligations*, Revue critique de législation et jurisprudence, 1904, p. 224-237
- <sup>26</sup> P. Vasilescu - *Drept civil. Obligații*, ed. Hamangiu, București, 2012, p. 201-202
- <sup>27</sup> M. Tancelin - *Sources des obligations: L'acte juridique légitime*, Wilson et Lafleur, Montréal, 1993, p. 12
- <sup>28</sup> L. Pop - *Tratat de drept civil. Obligațiile, vol. II - Contractul*, ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 16-17
- <sup>29</sup> E. Chelaru - *Drept civil. Partea generală*, ed. All Beck, București, 2003, p. 100
- <sup>30</sup> L. Duguit - *Traité de droit constitutionnel, t. I. La règle de droit — Le problème de l'État*, Boccard, Paris, 1927, p. 316
- <sup>31</sup> I. Reghini, S. Diaconescu, P. Vasilescu – *Introducere în dreptul civil. Ediția a 2-a*, ed. Sfera Juridică, Cluj Napoca, 2008, p. 354
- <sup>32</sup> M. Storck - *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, L.G.D.J., Paris, 1982, p. 19
- <sup>33</sup> J. M. Moutte - *L'acte juridique unilatéral: essai sur sa notion et sa technique en droit*, Sirey, Paris, 1951, p. 23
- <sup>34</sup> E. Gounot - *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th., Dijon, 1912
- <sup>35</sup> P. Vasilescu (coord.) – *Consumerismul contractual. Repere pentru o teorie generală a contractelor de consum*, ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2006, p. 17
- <sup>36</sup> J. M. Moutte - *L'acte juridique unilatéral: essai sur sa notion et sa technique en droit*, Sirey, Paris, 1951, p. 26
- <sup>37</sup> M. L. Izorche - *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Presses Universitaires d'Aix, Marseille, 1995, p. 189
- <sup>38</sup> F. Terre - *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, L.G.D.J., Paris, 1957, p. 193
- <sup>39</sup> P. Vasilescu - *Drept civil. Obligații*, ed. Hamangiu, București, 2012, p. 337
- <sup>40</sup> P. Vasilescu - *Drept civil. Obligații*, ed. Hamangiu, București, 2012, p. 448
- <sup>41</sup> M. Avram, C. Nicolescu - *Regimuri matrimoniale*, ed. Hamangiu, București, 2010, p. 75
- <sup>42</sup> P. Courbe - *Droit de la famille*, ed. Sirey, Paris, 2013, p. 36 apud F. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.) - *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, ed. C.H. Beck, București 2012, p. 209
- <sup>43</sup> P. Courbe - *Droit de la famille*, ed. Sirey, Paris, 2013, p. 36 apud F. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.) - *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, ed. C.H. Beck, București 2012, p. 209
- <sup>44</sup> F. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.) - *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, ed. C.H. Beck, București 2012, p. 208

- <sup>45</sup> E. Florian - *Considerații asupra logodnei reglementată de noul Cod civil român*, în *Curierul Judiciar* nr. 11/2009, p. 629
- <sup>46</sup> E. Florian - *Considerații asupra logodnei reglementată de noul Cod civil român*, în *Curierul Judiciar* nr. 11/2009, p. 633
- <sup>47</sup> V. Stoica – *Drept civil. Drepturile reale principale*, ediția 2, ed. C.H.Beck, București, 2013, p. 59
- <sup>48</sup> J. M. Moutte - *L'acte juridique unilatéral: essai sur sa notion et sa technique en droit*, Sirey, Paris, 1951, p. 26
- <sup>49</sup> M. Tancelin - *Sources des obligations: L'acte juridique légitime*, Wilson et Lafleur, Montréal, 1993, p. 265
- <sup>50</sup> F. Deak – *Curs de drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Litografia Ministerului Învățământului, București, 1960, p. 167
- <sup>51</sup> I. Dogaru – *Valențele juridice ale voinței*, ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1986, p. 199
- <sup>52</sup> J. M. Moutte - *L'acte juridique unilatéral: essai sur sa notion et sa technique en droit*, Sirey, Paris, 1951, p. 56
- <sup>53</sup> N. Catala - *La nature juridique du payment*, L.G.D.J., Paris, 1961, p. 31
- <sup>54</sup> P. Vasilescu - *Drept civil. Obligații*, ed. Hamangiu, București, 2012, p. 70
- <sup>55</sup> P. Vasilescu - *Drept civil. Obligații*, ed. Hamangiu, București, 2012, p. 76
- <sup>56</sup> P. Vasilescu (coord.) – *Consumerismul contractual. Repere pentru o teorie generală a contractelor de consum*, ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2006, p. 46
- <sup>57</sup> P. Vasilescu (coord.) – *Consumerismul contractual. Repere pentru o teorie generală a contractelor de consum*, ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2006, p. 53
- <sup>58</sup> P. Vasilescu (coord.) – *Consumerismul contractual. Repere pentru o teorie generală a contractelor de consum*, ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2006, p. 48
- <sup>59</sup> A. Berger – *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The Lawbook Exchange LTD, Clark, New Jersey, 2004, p. 735
- <sup>60</sup> M. D. Bocșan - *Testamentul. Evoluția succesiunii testamentare în dreptul roman*, ed. Lumina Lex, 2000, p. 41
- <sup>61</sup> V. Hanga – *Principiile dreptului privat roman*, ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1989, p. 130
- <sup>62</sup> A. Berger – *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The Lawbook Exchange LTD, Clark, New Jersey, 2004, p. 540
- <sup>63</sup> Fustel de Coulanges - *Cetatea antică. Studiu asupra cultului, dreptului și instituțiilor Greciei și Romei*, vol. I, traducere de Mioara și Pan Izverna, ed. Meridiane, București, 1984, p. 35
- <sup>64</sup> Cicero – *Despre legi*, II, 19 -20 apud Fustel de Coulanges - *Cetatea antică. Studiu asupra cultului, dreptului și instituțiilor Greciei și Romei*, vol. I, traducere de Mioara și Pan Izverna, ed. Meridiane, București, 1984, p. 35
- <sup>65</sup> Fustel de Coulanges - *Cetatea antică. Studiu asupra cultului, dreptului și instituțiilor Greciei și Romei*, vol. I, traducere de Mioara și Pan Izverna, ed. Meridiane, București, 1984, p. 106
- <sup>66</sup> Platon, *Legile*, XI apud. Fustel de Coulanges - *Cetatea antică. Studiu asupra cultului, dreptului și instituțiilor Greciei și Romei*, vol. I, traducere de Mioara și Pan Izverna, ed. Meridiane, București, 1984, p. 117
- <sup>67</sup> Fustel de Coulanges - *Cetatea antică. Studiu asupra cultului, dreptului și instituțiilor Greciei și Romei*, vol. I, traducere de Mioara și Pan Izverna, ed. Meridiane, București, 1984, p. 108
- <sup>68</sup> Fustel de Coulanges - *Cetatea antică. Studiu asupra cultului, dreptului și instituțiilor Greciei și Romei*, vol. I, traducere de Mioara și Pan Izverna, ed. Meridiane, București, 1984, p. 81-82
- <sup>69</sup> A. N. Popescu - *Gaius. Instituțiunile. Traducere, studiu introductiv, note și adnotări*, ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1982, p. 90-91
- <sup>70</sup> *Procinctus* înseamnă oastea înarmată și pornită spre câmpul de luptă

- <sup>71</sup> Gaius – Institutele, II.101, ediție îngrijită de A. N. Popescu - *Gaius. Instituțiunile. Traducere, studiu introductiv, note și adnotări*, ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1982, p. 148
- <sup>72</sup> M. D. Bocșan - *Testamentul. Evoluția succesiunii testamentare în dreptul roman*, ed. Lumina Lex, 2000, p. 41
- <sup>73</sup> A. N. Popescu - *Gaius. Instituțiunile. Traducere, studiu introductiv, note și adnotări*, ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1982, p. 148
- <sup>74</sup> *Nuncupare* înseamnă a rosti în auzul tuturor
- <sup>75</sup> Gaius – Institutele, II.104, ediție îngrijită de A. N. Popescu - *Gaius. Instituțiunile. Traducere, studiu introductiv, note și adnotări*, ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1982, p. 149
- <sup>76</sup> M. D. Bocșan - *Testamentul. Evoluția succesiunii testamentare în dreptul roman*, ed. Lumina Lex, 2000, pag. 32
- <sup>77</sup> A. N. Popescu - *Gaius. Instituțiunile. Traducere, studiu introductiv, note și adnotări*, ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1982, p. 149
- <sup>78</sup> Ulpian în Dig. 28. 1.21 § 3, <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest28.shtml>
- <sup>79</sup> M. D. Bocșan - *Testamentul. Evoluția succesiunii testamentare în dreptul roman*, ed. Lumina Lex, 2000, p. 35-36
- <sup>80</sup> Gaius – Institutele, II. 120, ediție îngrijită de A. N. Popescu - *Gaius. Instituțiunile. Traducere, studiu introductiv, note și adnotări*, ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1982, p. 153
- <sup>81</sup> M. D. Bocșan - *Testamentul. Evoluția succesiunii testamentare în dreptul roman*, ed. Lumina Lex, 2000, p. 37
- <sup>82</sup> V.V. Popa - *Drept privat roman*, ed. All Beck, București, 2004, p. 270
- <sup>83</sup> Gaius – Institutele, II.123, ediție îngrijită de A. N. Popescu - *Gaius. Instituțiunile. Traducere, studiu introductiv, note și adnotări*, ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1982, p. 149
- <sup>84</sup> M. D. Bocșan - *Testamentul. Evoluția succesiunii testamentare în dreptul roman*, ed. Lumina Lex, 2000, p. 87-88
- <sup>85</sup> M. D. Bocșan - *Testamentul. Evoluția succesiunii testamentare în dreptul roman*, ed. Lumina Lex, 2000, p. 95
- <sup>86</sup> Iustinian, Inst. II, 20.1.,  
<https://books.google.ro/books?id=YR4OGSRb4WAC&pg=PA80&lpg=PA80&dq=false>, p. 80
- <sup>87</sup> „*Legatus est donation testament relicta*” Modestinus, Dig. XXXI. 36,  
<https://books.google.ro/books?id=51tEAAAACAAJ&pg=PA390&lpg=PA390&dq=false#v=onepage&q&f=false>, p. 390
- „*Legatum est delibatio hereditatis, qua testor ex eo, quod universium heredis foret, alicui quid collatum velit*” – Florentinus, Dig. XXX. 116,  
<https://books.google.ro/books?id=5i27IJOKNQ4C&pg=PA370&lpg=PA370&dq=false#v=onepage&q&f=false>, p. 670
- <sup>88</sup> M. D. Bocșan - *Testamentul. Evoluția succesiunii testamentare în dreptul roman*, ed. Lumina Lex, 2000, p. 103
- <sup>89</sup> V. Hanga – *Principiile dreptului privat roman*, ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1989, p. 131
- <sup>90</sup> M. D. Bocșan - *Testamentul. Evoluția succesiunii testamentare în dreptul roman*, ed. Lumina Lex, 2000, p. 107
- <sup>91</sup> M. D. Bocșan - *Testamentul. Evoluția succesiunii testamentare în dreptul roman*, ed. Lumina Lex, 2000, p. 111-112
- <sup>92</sup> Gaius - Institutele, II.195, ediție îngrijită de A. N. Popescu - *Gaius. Instituțiunile. Traducere, studiu introductiv, note și adnotări*, ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1982, p. 172
- <sup>93</sup> G. Burdeau - *Droit constitutionnel*, Librairie generale de droit et de jurisprudence, Paris, 1966, p. 13



- <sup>94</sup> Fustel de Coulanges - *Cetatea antică. Studiu asupra cultului, dreptului și instituțiilor Greciei și Romei*, vol. I, traducere de Mioara și Pan Izverna, ed. Meridiane, București, 1984, p. 127-128
- <sup>95</sup> Ph. Maurice – *Les limites de l'autorité paternelle face aux droits patrimoniaux dans le Gévaudan médiéval* în *Cahiers de recherches médiévales*, accesat <https://crm.revues.org/961?lang=en>
- <sup>96</sup> M. D. Bocșan - *Testamentul. Evoluția succesiunii testamentare în dreptul roman*, ed. Lumina Lex, 2000, p. 131
- <sup>97</sup> Ș. Bosomitu – *Testamentul – formă de manifestare a puterii părintelui asupra grupului familial*, *Revista Arhivelor*, vol. 86, nr. 1/2009, p. 107
- <sup>98</sup> Ș. Bosomitu – *Testamentul – formă de manifestare a puterii părintelui asupra grupului familial*, *Revista Arhivelor*, vol. 86, nr. 1/2009, București, p. 106-132
- <sup>99</sup> V. Barbu – *Câteva diate munteneste din a doua jumătate a secolului al XVII-lea*, *Revista de istorie socială*, nr. 1, București, 1996, p. 500 apud Ș. Bosomitu
- <sup>100</sup> Gh. Lazăr – *Testamente negustorești din Țara Românească (sec. XVII - XVIII)*, *Revista de istorie socială*, nr. 4, București, 2003-2004, p. 425 apud Ș. Bosomitu
- <sup>101</sup> C. Rezachevici – *Contribuții la istoria Cantacuzinilor: testamentul inedit al postelnicului Constantin Cantacuzino*, *Studii și materiale de istorie medie*, 1997, p. 150 apud Ș. Bosomitu
- <sup>102</sup> I. Albu - *Considerații „de lege lata” și „de lege ferenda” privind calificarea testamentului*, în R.R.D. nr. 9/1975, p. 13 - 15
- <sup>103</sup> F. Deak - *Tratat de drept succesoral*, ed. Actami, București, 1999, p. 173; D. Chirică - *Drept civil. Succesiuni și testamente*, ed. Rosetti, București, 2003, p. 117
- <sup>104</sup> M. Eliescu - *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul Republicii Socialiste România*, ed. Academiei, București, 1966, p. 199 și urm.; E. Poenaru - *Recunoașterea prin testament a copilului dinafara căsătoriei*, în *Justiția Nouă* nr. 3/1956, p. 463.
- <sup>105</sup> F. Deak, R. Popescu – *Tratat de drept succesoral, vol. II Moștenirea testamentară, ediția a III-a*, ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 34
- <sup>106</sup> P. Vasilescu - *Drept civil. Obligații*, ed. Hamangiu, București, 2012, p. 224

## CLAUZA DE PRECIPUT – O CONTROVERSĂ NESTINSĂ

Daiana BANC\*

*Toi qui veux te marier et qui te marieras,  
as-tu jamais médité sur le Code Civil?*<sup>1</sup>

**Abstract.** *The preciput clause – a never ending controversy.* Inspired by the French regulations, the preciput clause was introduced into the new civil Code with the art. 333. Spouses are free to sign before or during marriage a matrimonial agreement that certifies the possibility, for the surviving spouse, to claim possession prior to the split of inheritance of one or several mutually held goods, conjointly or in co-ownership, without having the obligation to pay their equivalent value. It results that the surviving spouse will certainly acquire some benefit.

Furthermore, the preciput provision may be subject to reduction, whenever the disposable portion is exceeded. Altogether considered, regarding a significant part of the Romanian literature, the preciput clause has the legal nature of a liberality. Moreover, whether we were to consider liberality, then is it considered donation or legacy? In another train of thoughts, other authors who dealt with the phenomenon discussed here above had labeled this clause as a matrimonial advantage or a partition clause or a settlement of future assets. It has to be stated from the very beginning that, borrowed from French regulation, but modified, this institution arises many issues not only in point of its legal nature, but also in respect of its effects. This study will approach and touch upon every position regarding the legal nature of the preciput clause (provision) and it will inquire into the arguments that stand behind it. Therefore, the article's aim is to study, as following: a historical perspective of the background of the preciput clause, some aspects in relation to comparative law, concepts, legal nature, compatibility of the preciput clause with the matrimonial regimes (legal community, separation of assets, conventional community), object, recipients, consequences and ineffectiveness occurrences.

**Keywords:** *preciput clause, matrimonial advantage, liberality, matrimonial agreement, partition clause, settlement of future assets.*

**Cuvinte-cheie:** *clauză de preciput, avantaj matrimonial, liberalitate, convenție matrimonială, clauză de partaj, donație de bunuri viitoare.*

### Introducere

Poate cea mai importantă modificare adusă de noul Cod civil a fost unificarea reglementărilor raporturilor de drept privat. Astfel, materia dreptului familiei revine sub aripa codului civil, aducând cu ea noi soluții la realitățile sociale și economice. Printre altele, se evidențiază reinstituirea principiului pluralității regimurilor matrimoniale. Soții au acum libertatea să-și gestioneze bunurile așa cum doresc, fie printr-un regim al comunității convenționale, fie prin separație de bunuri.

Totuși, dreptul comun rămâne cel al comunității legale. În această paletă largă de posibilități conferite acum soților se înscrie și instituirea clauzei de preciput, instituție care privește soarta unor anumite bunuri nu în timpul vieții soților, în cadrul unui regim matrimonial, ci după încetarea acestuia, ca urmare a morții unuia dintre soți, aflându-se așadar la confluența dintre studiul dreptului familiei și al dreptului succesoral.

În cei 5 ani de la intrarea în vigoare a Legii 287/2009 privind noul Cod civil, clauza de preciput a fost și este răscolită de mulți doctrinari. De ce a primit aceasta așa multă atenție din partea doctinarilor? Pentru că în momentul în care legiuitorul alege să preia o instituție dintr-un alt sistem legislativ trebuie să fie atent la compatibilitatea acesteia cu viziunea și dreptul român. De aceea, spre exemplu, clauza de preciput, inclusă în dreptul francez în categoria mai largă a avantajelor matrimoniale, nu aduce cu sine și această instituție în dreptul nostru.

Așadar, nu este de preferat ca instituțiile „importate” să aibă o fizionomie identică. Însă, oare micile diferențe pe care le suportă această instituție în raport cu modelul francez ne obligă să îi căutăm un alt loc în sistemul de drept sau ne permite să îi dăm aceeași calificare ca dreptul francez? Ne punem această întrebare pentru că legiuitorul român a omis să confere acestei instituții o natură juridică și doar ne lasă câteva indicii. Este cert faptul că această clauză procură soțului supraviețuitor anumite avantaje patrimoniale, fără ca acesta să datoreze o prestație echivalentă. Iată că de aici se nasc o serie de întrebări. Vorbim de o liberalitate sau de o operațiune de partaj? Dacă e liberalitate, să fie donație, legat sau, de ce nu, instituire contractuală? Cert este că, la momentul actual, nu există un consens cu privire la aceste întrebări. Celebra expresie „doi juriști și trei opinii” caracterizează pe deplin traseul studiului clauzei de preciput în România.

Ne vom apleca atenția asupra tuturor opiniilor exprimate în doctrină, încercând să „dezlegăm nodurile” acestei instituții pas cu pas. Vom începe cu o scurtă incursiune istorică asupra originii clauzei de preciput, apoi vom vedea care este reglementarea legală a preciputului în România. Un aspect important al studiului de față este expunerea acestei instituții și a observațiilor făcute de doctrinari în dreptul comparat, codificarea franceză fiind modelul de inspirație al legiuitorului român. Mai apoi, pe baza informațiilor adunate și luând în calcul opiniile cunoscute, vom analiza natura juridică, domeniul de aplicare, obiectul, beneficiarii, efectele, termenul de exercitare, situațiile de ineficacitate și modul în care se face reducățiunea.

### **Perspectivă istorică asupra originii clauzei de preciput**

Etimologia cuvântului nu este clară. Termenul provine din latinescul *praecipuum*<sup>2</sup>, însemnând fie „care trebuie furnizat” („qui doit etre fourni”), fie se consideră că se compune din *prae* (înainte) și *capio* (a lua) sau, în alte variante, *prae* și *caput* (capital). Ideea apare la începuturi pentru a oferi un avantaj primului născut în raport cu ceilalți frați ai săi mai tineri, iar mai apoi se conturează în cazul tratamentului văduvei, dacă aceasta încheiase un contract nupțial ce cuprindea o atare clauză. Astfel, se vorbește despre un contract de căsătorie încheiat în Franța în secolele XIII-XIV (la famille de Rochechouart 1277-1393), având aproximativ aceleași efecte ca și preciputul din ziua de azi<sup>3</sup>. În principiu, bunurile la care se făcea referire reprezentau cărți, arme, bijuterii, mobilier sau îmbrăcăminte. Astfel, în urma decesului unuia dintre soți, soțul supraviețuitor avea dreptul de a lua bunurile specificate în clauza de preciput înainte de partajul patrimoniului dintre el și moștenitorii lui *de cuius*<sup>4</sup>. Codul civil napoleonian

din 1804 reglementează clauza de preciput la art. 1516 într-o formă apropiată de cum este ea în momentul de față.

Conform *Vocabulaire juridique*<sup>5</sup>, preciputul este un avantaj matrimonial conferit prin convenție matrimonială sau convenție modificativă soțului supraviețuitor, constând pentru beneficiarul său în dreptul de a preleva înainte de orice partaj și *hors part* (expresie care servește la calificarea unei liberalități ca neraportabile, cu dispensa de raport), din masa comună, în momentul dizolvării comunității, un bun determinat sau o sumă de bani. De altfel, preciputul cunoaște și un alt sens, mai larg, acela de avantaj (uneori acordat de dispunător, alteori de către lege) care constă, pentru un moștenitor *ab intestat* care a fost gratificat de defunct, în a reține bunul donat fără a raporta la lichidarea succesiunii. În studiul de față vom folosi noțiunea de preciput referindu-ne doar la sensul său restrâns.

### **Aspecte de drept comparat**

Pentru a înțelege mai bine mecanismele instituției, este necesar să facem o incursiune și în alte sisteme de drept să vedem cum funcționează clauza de preciput în acestea, care sunt diferențele de reglementare și în ce măsură putem, dacă nu să transpunem mecanismul, cel puțin să îl folosim ca reper pentru a ne ghida în studiu.

Legiuitorul francez a înțeles să utilizeze următoarea sistematizare<sup>6</sup>: avem Cartea III: „Diferite moduri de dobândire a proprietății”, Titlul V: „Contractul matrimonial și regimurile matrimoniale”, Capitolul II: „Regimul comunității”, care este împărțit în 2 părți: prima parte se referă la comunitatea legală, iar a 2-a parte se referă la comunitatea convențională (art. 1497). Potrivit acestui din urmă articol, soții pot să modifice comunitatea legală, în contractul matrimonial, prin orice fel de acord care să nu aducă atingere art. 1387, 1388, 1389 C.civ.fr. Ei pot să convină, în special, asupra: comunității bunurilor mobile și achizițiilor (Secțiunea 1), clauzei de administrare (Secțiunea 2), clauzei de prelevare în schimbul unei despăgubiri (Secțiunea 3), asupra preciputului (Secțiunea 4), stipulării de părți inegale (Secțiunea 5) sau cu privire la comunitatea universală (Secțiunea 5). Observăm că art. 1497 C.civ.fr. este asemănător art. 367 C.civ. român, ambele referindu-se la obiectul convenției matrimoniale. Astfel, art. 367 lit d) C.civ. vorbește despre clauza de preciput, iar la lit. e) vorbește de modalități privind lichidarea comunității. Spre deosebire de reglementarea franceză, în care fiecare dintre aceste acorduri între soți cunoaște câte o reglementare distinctă, pe secțiuni, dintre situațiile de la art. 367 C.civ.român, clauza de preciput e singura care cunoaște o dezvoltare mai amplă, în cadrul art. 333. Să înțelegem din această sistematizare că este exclus ca printre modalitățile privind lichidarea comunității, așa cum apar ele menționate la lit. e) a art. 333 C.civ, să fie inclusă clauza de preciput? Ne punem această întrebare deoarece, în dreptul francez, preciputul este considerat clauză privind lichidarea și partajul comunității<sup>7</sup>, la fel ca stipularea de părți inegale și clauza de prelevare în schimbul unei despăgubiri.

Potrivit art. 1515 C.civ.fr., se poate conveni, în convenția matrimonială, ca soțul supraviețuitor sau doar unul dintre cei doi, în măsura în care supraviețuiește, să fie autorizat să preia din comunitate și înainte de orice partaj, fie o sumă de bani, fie anumite bunuri în natură, fie o cantitate dintr-o specie determinată de bunuri. Obiectul său este așadar larg, cu singura condiție că el poate fi determinat până în momentul în care preciputul va fi exercitat<sup>8</sup>. Prin efectele sale, această clauză aduce atingere partajului egal. Cu privire la executarea clauzei, soțul beneficiar prelevă bunul înainte de orice partaj, dar în calitate de copartajant, cu toate

consecințele specifice<sup>9</sup>. În Franța, este o clauză răspândită, pentru a avantaja supraviețuitorul, „un gain de survie”<sup>10</sup>. Ea nu este o liberalitate, art. 1516 dispunând: „Le préciput n'est point regardé comme une donation, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais comme une convention de mariage et entre associés.” (preciputul nu e văzut ca o donație nici în privința condițiilor de fond, nici în privința condițiilor de formă, ci ca o convenție matrimonială și între asociați).

Până nu demult, el se menționa și în cazul dizolvării comunității în timpul vieții soților<sup>11</sup>, dacă soții nu au convenit altfel. În acest caz, prelevarea era paralizată cu caracter provizoriu până la decesul unuia dintre soți, cu condiția ca avantajele matrimoniale să nu fi fost pierdute sau revocate. În prezent, art. 265 modificat prin Legea 728/2006 dispune că divorțul atrage de plin drept revocarea avantajelor matrimoniale care își produceau efectul numai la dizolvarea regimului matrimonial sau la decesul unuia dintre soți. Preciputul poate fi menținut cu titlu de excepție, dacă așa decide judecătorul în circumstanțele date<sup>12</sup>. Potrivit art. 1519, creditorii conservă dreptul de a urmări bunurile care fac obiectul clauzei de preciput. Chiar dacă soțul beneficiar nu se poate opune acestui drept al creditorilor, acesta dispune de dreptul de a percepe preciputul prin echivalent, în măsura în care activul net al comunității îi permite.

Dreptul francez nu prevede niciun termen pentru exercitarea preciputului. În literatura de specialitate<sup>13</sup> s-a recomandat ca în convenția matrimonială să se stipuleze că moștenitorii soțului decedat au posibilitatea de a-l notifica pe soțul supraviețuitor pentru a ieși din pasivitate. În situația depășirii unui anumit termen, beneficiarul va fi considerat renunțator.

Mai găsim clauza de preciput în dreptul belgian<sup>14</sup>, lucru care nu ne surprinde datorită importanțelor influențe franceze pe care le cunoaște acesta. Ea apare în Cartea a III-a: „Moduri de dobândire a proprietății”, Capitolul III: „Convenții care pot modifica regimul legal”. La fel ca art. 367 C.civ. și ca art. 1497 C.civ.fr., art. 1451 C.civ.belg. se referă la obiectul convenției matrimoniale, care poate să poarte inclusiv asupra unei clauze de preciput. Instituția apare dezvoltată pe larg în cadrul art. 1457-1460. Art. 1457 este reglementat similar art. 1515 C.civ.fr. Art. 1458 prevede că preciputul nu e văzut ca o donație, ci ca o convenție de căsătorie. Totuși, va fi considerat donație, după cum ne spune continuarea art. 1458, în proporție de ½, dacă are ca obiect bunuri prezente sau viitoare pe care soțul precedat le-a afectat comunității de bunuri printr-o stipulație expresă în contractul matrimonial. Potrivit art. 1460, bunurile care fac obiectul preciputului pot fi folosite pentru a plăti datoriile comunității, cu excepția cazului în care preciputul poartă asupra bunurilor în natură, soțul beneficiar putând recurge la restul patrimoniului comun. Acest remediu poate fi exercitat în cazul înstrăinării de către unul dintre soți a unui bun în natură, obiect al preciputului.

## **Clauza de preciput în viziunea noului Cod civil român**

### **1. Reglementare legală**

În România, clauza de preciput este o premieră. Inițial, în cadrul Proiectului de cod civil din 2004, clauza de preciput avea o altă formă. Art.260 (1) statua:

„(1) Prin convenție matrimonială se poate stipula ca soțul supraviețuitor să preia fără plată, înainte de împărțeala succesorală, unul sau mai multe din bunurile comune, deținute în devălmășie sau în coproprietate.

(2) Clauza de preciput nu este supusă raportului donațiilor și nici reducțiunii, afară de cazul în care se aduce atingere drepturilor moștenitorilor rezervatari.

(3) Clauza de preciput devine caducă atunci când comunitatea încetează în timpul vieții soților.”

La ora actuală, clauza de preciput a primit următoarea reglementare legală<sup>15</sup>:

Art. 333. Clauza de preciput. (1) Prin convenție matrimonială se poate stipula ca soțul supraviețuitor să preia fără plată, înainte de partajul moștenirii, unul sau mai multe dintre bunurile comune, deținute în devălmășie sau în coproprietate. Clauza de preciput poate fi stipulată în beneficiul fiecăruia dintre soți sau numai în favoarea unuia dintre ei.

(2) Clauza de preciput nu este supusă raportului donațiilor, ci numai reducțiunii, în condițiile art. 1.096 alin. (1) și (2).

(3) Clauza de preciput nu aduce nicio atingere dreptului creditorilor comuni de a urmări, chiar înainte de încetarea comunității, bunurile ce fac obiectul clauzei.

(4) Clauza de preciput devine caducă atunci când comunitatea încetează în timpul vieții soților, când soțul beneficiar a decedat înaintea soțului dispunător ori când aceștia au decedat în același timp sau când bunurile care au făcut obiectul ei au fost vândute la cererea creditorilor comuni.

(5) Executarea clauzei de preciput se face în natură sau, dacă acest lucru nu este posibil, prin echivalent.

Observăm că legiuitorul și-a schimbat pe parcurs optica. Faptul că aceasta poate fi stipulată în beneficiul fiecăruia dintre soți sau numai în favoarea unuia dintre ei este o modificare firească, dând expresie principiului libertății contractuale. Dacă în forma din 2004 era supusă atât raportului donațiilor cât și reducțiunii, momentan, ilustrând afilierea spre viziunea franceză, ea este supusă reducțiunii, dar, după cum vom vedea, nu în aceleași condiții. Reglementarea actuală aduce mențiuni în plus cu privire la cauzele de caducitate, drepturile creditorilor și la executarea clauzei. Chiar dacă reglementarea actuală este una superioară celei aferente proiectului din 2004, ea încă prezintă multiple deficiențe care dau naștere la o serie de incertitudini privind natura juridică, compatibilitatea clauzei cu fiecare dintre regimurile matrimoniale, mecanismul de transmitere al proprietății, termenul de prescripție și nu numai.

Se poate observa că preciputul presupune, în toate cazurile, existența unei convenții matrimoniale, fiind un accesoriu al acesteia. Nu prezintă importanță faptul că preciputul a fost inclus de la bun început în convenția matrimonială sau a fost adăugat ulterior, ca modificare a convenției soților.

## **2. Natura juridică**

Spre deosebire de art. 1516 Cod civil francez, care statuează „Le préciput n'est point regardé comme une donation, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais comme une convention de mariage et entre associés.” (preciputul nu e văzut ca o donație nici în privința condițiilor de fond, nici în privința condițiilor de formă, ci ca o convenție matrimonială și între asociați), Codul civil român nu aduce asemenea lămuriri. Singurul indiciu pe care ni-l oferă legea este prevăzut în art. 333(2): „Clauza de preciput nu e supusă raportului donațiilor, ci

numai reducăunii, în condițiile art. 1096(1) și (2).” Acest lucru nu înseamnă că putem include clauza de preciput într-o anumită categorie, fie că este vorba de donație, legat, clauză de partaj, „reîncarnare” a instituirii contractuale, operațiune de partaj, fără a face o analiză a compatibilității ei cu aceste instituții. Înainte de toate, de ce am exclude chiar soluția franceză, aceea de a califica clauza de preciput ca un simplu avantaj matrimonial?

### **§1. Avantaj matrimonial?**

N-am putea include clauza de preciput în categoria avantajelor matrimoniale pentru simplul fapt că, spre deosebire de legislația franceză, acestea nu sunt reglementate de Codul civil. Codul civil francez, la art. 1527, definește avantajele matrimoniale ca „avantaje pe care unul sau celălalt dintre soți le poate obține din clauzele unei comunități convenționale, precum și acelea care pot rezulta din confuziunea mobilelor sau a datoriilor”, aceste avantaje nefiind privite ca donații. Acestea au fost definite în literatura franceză ca fiind un profit procurat, în calitate de copartajant, unuia dintre soți și rezultat al funcționării regimului matrimonial<sup>16</sup>. Nu contează dacă profitul este unul fortuit sau a fost sperat<sup>17</sup>.

Dacă aceste avantaje sunt sau nu liberalități pare să fie subiect controversat chiar și în literatura franceză. În ceea ce privește calificarea acestora fie ca acte cu titlu gratuit, fie ca acte cu titlu oneros, au existat pe parcursul timpului patru tendințe<sup>18</sup>. Prima tendință doctrinară a fost de a imprima avantajului o natură duală, uneori având natură oneroasă, alteori având natură gratuită. Astfel, se consideră că avantajele matrimoniale prin natura lor sunt acte cu titlu gratuit, însă legiuitorul le consideră uneori, în favoarea soților, acte cu titlu oneros. Cea de a doua tendință a fost de a prezuma absolut caracterul oneros al avantajelor și doar ca excepție, acestea să fie considerate cu titlu gratuit.

Astfel, se face o diferență între natura juridică a avantajelor matrimoniale în absența copiilor care nu sunt comuni soților, caz în care avantajul este considerat a fi cu titlu oneros și situația prezenței copiilor care nu sunt comuni, caz în care avantajele sunt calificate drept liberalități. Explicația acestei diferențe în calificarea avantajelor este aceea că, în prima situație, elementul material și cel psihologic al liberalității sunt incerte, pe când în cea de-a doua situație se prezumă că soțul dispunător a fost inspirat tocmai de o intenție liberală<sup>19</sup>, în dezavantajul copiilor care nu sunt comuni. Această calificare a naturii juridice a avantajelor matrimoniale este controversată tocmai datorită faptului că depinde de o simplă situație de fapt. Într-o altă concepție se consideră că natura avantajelor matrimoniale nu este una duală, ci unitară și necesar oneroasă (regimul matrimonial nefiind decât „une société conjugale des biens”, iar profitul unuia dintre soți fiind „un bénéfice d’associé”<sup>20</sup>), iar potrivit ultimei teorii care a sedus mulți doctrinari francezi, avantajele sunt nesusceptibile de a se încadra în distincția acte cu titlu gratuit-acte cu titlu oneros, având o natură *sui generis*. Iată așadar că apele nu sunt mai limpezi nici în „locul de baștină” al clauzei de preciput, cum ar putea fi altfel la noi?

Conform art. 1527 alin. 2, avantajele matrimoniale pot fi calificate drept liberalități, dar singura aplicație practică a acestei calificări constă în faptul că ele vor fi supuse reducăunii („va fi fără efect pentru tot excedentul”) ori de câte ori se încalcă rezerva succesorală a copiilor, alte reguli ale liberalităților nefiind aplicabile (spre exemplu, avantajele nu sunt supuse regulii revocării pentru ingratitudine). Chiar dacă singurii care au calitatea de a cere reducăunea sunt copiii provenind dintr-o altă legătură decât cea din căsătoria cu soțul beneficiar, acțiunea profită tuturor descendenților<sup>21</sup>. Copiii trebuie să vină efectiv la succesiunea părinților lor, dacă

sunt precedeați sau renunțatori se revine la calificarea de act cu titlu oneros<sup>22</sup>. S-a spus, printre altele, că există o diferență între „l'action en retranchement”(art. 1527 alin. 2) și „l'action en réduction”, cea de drept comun. Totuși, deși tradițional se vorbește despre „l'action en retranchement”, de mult timp, jurisprudența franceză afirmă că este vorba despre acțiunea în reducere, cea de drept comun, prevăzută la art. 920 C.civ.<sup>23</sup>. Așadar, în dreptul francez, preciputul face parte din categoria mai largă a avantajelor matrimoniale, necontând dacă există sau nu intenția de a gratifica, fiind tratate ca o problemă similară desocotirii între asociați cu ocazia partajului<sup>24</sup>. E considerată „un gain de survie”<sup>25</sup>, chiar operațiune de partaj, cu toate consecințele aferente<sup>26</sup>.

Este de precizat modul în care se determină avantajul supus reducerii, întrucât nu trebuie uitat că în lipsa avantajului, soțul oricum dispune de bunurile respective în calitatea sa de devălmaș (în dreptul nostru, în calitatea sa de devălmaș sau de coproprietar). Reducțiunea nu se poate cere decât după decesul soțului dispunător, în cadrul operațiunilor de lichidare a succesiunii acestuia. Pentru a se calcula și pentru a putea ști cert dacă avantajul excede sau nu cotitatea disponibilă între soți, e nevoie să se compare rezultatele obținute prin lichidarea comunității urmărind stipulațiile din contractul matrimonial și cele obținute prin aplicarea regulilor regimului legal. Avantajul este egal cu diferența ce reiese din această operațiune.

În dreptul român, în doctrină transpare ideea că, la fel ca în dreptul francez, preciputul e un avantaj matrimonial<sup>27</sup>. Admitem că în termeni uzuali, preciputul este un avantaj matrimonial, însă în termeni juridici, noțiunea nu își găsește un loc în sistemul de drept român. Prin urmare, nu putem exclude în totalitate această opinie, însă calificarea e lipsită de consecințe practice și nu rezolvă în niciun fel disputele în materie. Scopul determinării naturii juridice a unei instituții este acela de a ști care e regimul juridic aplicabil, care vor fi efectele acesteia, care este mecanismul de transmitere al proprietății, termenul de exercitare, ce act ar urma să să elibereze notarul la solicitarea beneficiarului clauzei, cuantumul taxelor notariale, aspecte privitoare la publicitatea imobiliară, or această calificare nu ne vine în ajutor.

## **§2. Liberalitate?**

Opinia cea mai răspândită în doctrina română este aceea că preciputul este o liberalitate<sup>28</sup> sau cel puțin „cu caracter de liberalitate”<sup>29</sup>.

Dacă art. 1516 C.civ.fr., prevede clar că preciputul nu e donație, art. 333 C.civ. precizează că este vorba de o preluare „fără plată”, ceea ce ar putea fi un prim indiciu al apartenenței acestei instituții în categoria actelor cu titlu gratuit - specia liberalități. După cum am văzut, nici măcar în dreptul francez nu există o unanimitate cu privire la încadrarea avantajelor matrimoniale în categoria actelor cu titlu gratuit sau a actelor cu titlu oneros. Doar ca excepție, atunci când la moștenire vin copii ai defunctului din altă legătură decât cea cu beneficiarul clauzei (beneficiarul avantajului matrimonial-excepția e prevăzută la art.1527 C.civ.fr.), preciputul este tratat ca o liberalitate supusă reducerii pentru a proteja interesele acestora. Și în dreptul român, art. 333 alin.(2) C.civ. prevede că preciputul este supus reducerii, dar fără a face vreo distincție între moștenitorii rezervatari.

Având în vedere că în dreptul francez, într-una dintre opinii, se consideră că avantajele matrimoniale sunt prezumate ca fiind cu titlu oneros, doar prin excepție fiind calificate cu titlu gratuit, putem considera că excepția din dreptul francez devine regulă în dreptul nostru și că, prin urmare, preciputul este calificat întotdeauna ca o liberalitate? De vreme ce legiuitorul



francez a înțeles că în momentul în care un soț care are și alți copii va fi condus de intenții liberale în momentul constituirii unui avantaj matrimonial, în defavoarea acelor copii, să înțelegem că legiuitorul român a înțeles că soțul dispunător are întotdeauna intenții liberale, fiind necesar să protejeze interesele tuturor moștenitorilor rezervatari sau este vorba de o simplă eroare de transpunere?

Pentru a fi în prezența unei liberalități este necesară reunirea a două criterii: criteriul material și cel volițional. Criteriul material presupune existența unui transfer de drepturi din patrimoniul dispunătorului în patrimoniul beneficiarului, fără echivalent valoric, criteriu îndeplinit întrucât se creează o creștere patrimonială în partea soțului supraviețuitor, fără a datora o prestație echivalentă, prin diminuarea patrimoniului soțului precedat<sup>30</sup>. Criteriul volițional pune în lumină *animus donandi* sau *animus testandi*, adică existența intenției de a gratifica<sup>31</sup>, intenție care poate fi prezumată între soți în mod plauzibil.

Într-o altă opinie<sup>32</sup> s-a apreciat că „numai în raport cu moștenitorii soțului supraviețuitor clauza de preciput are o aparență de gratuitate, dar în raporturile dintre soți ea este justificată de interesele patrimoniale ale acestora legate de căsătorie și de regimul matrimonial aplicabil, care exced dihotomia clasică a actelor juridice în acte cu titlu gratuit și acte cu titlu oneros”. Se apreciază că în structura clauzei de preciput nu se regăsește elementul subiectiv care caracterizează o liberalitate. Scopul clauzei de preciput este, după cum se susține, de a institui o modalitate de lichidare (partaj) parțială a regimului matrimonial. Se poate reproșa faptul că partajul constituie totuși un act cu titlu oneros, or autoarea susține că preciputul n-ar fi nici cu titlu oneros, nici cu titlu gratuit, dar la un moment dat spune că atunci când vine în concurs cu moștenitori a căror rezervă succesorală ar fi încălcată, clauza de preciput este „asimilată parțial unei liberalități”<sup>33</sup>. În alte lucrări<sup>34</sup> găsim un exemplu în care intenția de a gratifica poate fi pusă sub semnul îndoielii. Astfel, în situația în care un soț dispune în favoarea celuilalt soț de unul sau mai multe bunuri aflate în proprietatea lor devălmașă, preciputul poate constitui atât o recunoaștere implicită a unei contribuții mai mari a soțului beneficiar, care să echilibreze valoric loturile cuvenite fiecăruia dintre ei, în funcție de contribuția efectivă la dobândirea bunurilor devălmașe, dar poate fi și o favoare care are la bază intenția de a-l gratifica pe soțul beneficiar.

Printre altele, putem apela și la analiza cauzei, condiție de validitate a actului juridic. În cazul liberalităților, acte cu titlu gratuit, cauza obligației dispunătorului este intenția de a gratifica pe beneficiarul acesteia. Or, clauza de preciput se poate stipula fie doar în beneficiul unuia dintre soți, dacă va supraviețui, fie în beneficiul ambilor, producând efecte în favoarea supraviețuitorului. Astfel, în cea de-a doua situație nu cunoaștem titularul dreptului. Am putea afirma că soții nu sunt animați de vreo intenție liberală pură în favoarea celuilalt întrucât fiecare își rezervă șansa sa la câștig.

Conform art. 984 alin(2): „Nu se pot face liberalități decât prin donație sau prin legat cuprins în testament”. Datorită acestei dispoziții în doctrină s-a vehiculat că dacă e să acceptăm că preciputul e liberalitate trebuie să îl includem fie în categoria donațiilor, fie a legatelor. Vechiul Cod civil, la art. 800, prevedea că „Nimeni nu va putea dispune de avutul său, cu titlu gratuit, decât cu formele prescrise de lege pentru donațiuni între vii sau prin testament”. Prin urmare, textul art. 984 se referă la forma liberalităților, nu la fond<sup>35</sup>. Totuși, vom analiza asemănările și deosebirile existente între clauza de preciput și aceste instituții.

### §3. Donație?

Potrivit art. 985, „donația este contractul prin care, cu intenția de a gratifica, o parte, numită donator, dispune în mod irevocabil de un bun în favoarea celeilalte părți, numită donatar”.

La fel ca donația, și clauza de preciput are sorginte contractuală. Caracterul *intuitu personae*, precum și faptul că aceasta conferă soțului supraviețuitor un folos patrimonial fără contraprestație sunt trăsături compatibile donației, însă trebuie apreciate efectele clauzei de preciput. Donația este un contract translativ de drepturi, având caracter irevocabil și producându-și efectele în timpul vieții donatorului. În schimb, efectele clauzei de preciput se produc doar la momentul deschiderii moștenirii soțului precedat. Tocmai de aceea, nu are loc o diminuare a patrimoniului dispunătorului, acesta rămâne intact pe tot parcursul vieții lui, diminuarea producându-se asupra masei succesoriale. Cel mult, poate fi vorba despre o donație *mortis causa*.

În plus, prezumția intenției de gratificare poate fi ușor înlăturată, după cum am precizat mai sus, dacă preciputul poartă asupra unor bunuri aflate în proprietate devălmășă. Într-o atare situație, instituirea clauzei de preciput are ca scop recunoașterea meritelor și contribuției vădit superioare ale soțului beneficiar, urmărindu-se doar o restabilire a echilibrului patrimonial.

De asemenea, spre deosebire de donație, care este un act juridic principal, de sine stătător, clauza de preciput nu poate exista în lipsa convenției matrimoniale, având un caracter accesoriu. În ceea ce privește părțile raportului juridic, în cazul donației, acestea sunt întotdeauna determinate la data încheierii contractului, în timp ce în cazul clauzei de preciput persoana beneficiarului este determinabilă.

Pentru că trebuie să avem în vedere reglementarea distinctă a donațiilor dintre soți, dacă clauza de preciput poate fi revocată doar ca urmare a acordului ambilor soți, o donație între soți e esențialmente revocabilă, fiind vorba despre o dispoziție legală de ordine publică (art. 1031 C.civ). Aceasta poate fi făcută *ad nutum*, fără niciun fel de justificare. Revocarea donației făcute între soți este considerată a fi un drept strict personal, care nu poate fi exercitat de creditorii pe cale oblică. În schimb, în cazul clauzei de preciput, creditorii nici măcar nu au nevoie de exercitarea unei acțiuni pe cale oblică, legea dându-le oportunitatea să urmărească bunurile care fac obiectul clauzei de preciput chiar înainte de încetarea comunității. În plus, spre deosebire de donație, clauza de preciput nu este supusă raportului donațiilor.

### §4. Legat?

În schimb, preciputul se apropie de legat prin aceea că efectele lui se produc *mortis causa*. În plus, art. 333, la alin.2 statuează: „Clauza de preciput nu este supusă raportului donațiilor, ci numai reducțiunii, în condițiile art. 1.096 alin. (1) și (2)”, aceste alineate reglementând ordinea reducțiunii legatelor, pe când alin. (3), (4) și (5) reglementează ordinea reducțiunii donațiilor. Prin urmare, se poate înțelege că legiuitorul ar fi dorit să asimileze preciputul, în ceea ce privește efectele lui, legatelor. După cum prevede art. 986 C.civ. „Legatul este dispoziția testamentară prin care testatorul stipulează ca, la decesul său, unul sau mai mulți legatari să dobândească întregul său patrimoniu, o fracțiune din acesta sau anumite bunuri determinate”. Dreptul asupra legatului se naște în persoana beneficiarului la data deschiderii succesiunii, la fel ca în cazul clauzei de preciput, până la acest moment legatarii neavând niciun drept asupra bunurilor care formează obiectul legatelor.

Din punctul de vedere al modului de formare, legatul este un act juridic esențialmente unilateral. În schimb, clauza de preciput are formație bilaterală, fiind inserată în tiparul convenției matrimoniale, iar în cazul în care s-ar accepta calificarea de legat, ar deveni incidente dispozițiile art. 1036 referitoare la testamentul reciproc, sancționată cu nulitatea. Inclusiv în modelul francez, asimilarea preciputului cu legatul este exclusă prin dispozițiile art. 38 din Legea nr. 728 din 23 iunie 2006 privind reforma succesiunilor și a liberalităților, care precizează că în actele juridice încheiate anterior intrării în vigoare a acestei legi, termenii „par preciput” sau „préciputaire” urmează a fi înțeleși ca „hors part successorale” (peste partea ce o ia din moștenirea legală). Legatul fiind un act unilateral, este revocabil prin definiție, în schimb, după cum am precizat, clauza de preciput este revocabilă doar prin acordul ambilor soți.

În ceea ce privește forma, dacă legatul poate să îmbrace una dintre formele prevăzute de lege *ad validitatem*, clauza de preciput se încheie doar în formă autentică.

În plus, fiind un act juridic personal, testamentul nu poate fi încheiat prin reprezentare sau cu asistarea ocrotitorului legal. În schimb, preciputul, fiind o dispoziție a convenției matrimoniale va putea fi încheiat prin mandatar cu procură autentică, specială și cu conținut predeterminat<sup>36</sup>.

#### **§5. Clauză privind lichidarea și partajul moștenirii?**

Alți autori<sup>37</sup> consideră inadecvată calificarea clauzei de preciput ca fiind liberalitate, întrucât nu reflectă întocmai mecanismul acestei clauze și voința soților. Astfel, se consideră că scopul clauzei de preciput este de a institui o modalitate de lichidare parțială a regimului matrimonial, cu privire la anumite categorii de bunuri proprietate devălmașă sau, după caz, pe cote-părți. Clauza „trebuie înțeleasă în raport cu dinamica regimului matrimonial de care este atașată, ca fiind o clauză relativă la lichidarea acestuia”<sup>38</sup>. Autoarea aduce ca argument analogia cu regimul de comunitate universală. Acest regim presupune că bunurile proprietate exclusivă ale fiecăruia dintre ei devin bunuri comune. Și în acest caz se pot crea anumite beneficii unuia dintre soți, dar nu s-a pus problema calificării acestui mecanism ca liberalitate.

Totodată, autoarea adaugă că preluarea „fără plată” nu înseamnă că s-a făcut o liberalitate, ci doar că soțul supraviețuitor nu datorează nimic moștenitorilor. Se apreciază că sintagma „înainte de partajul moștenirii” indică faptul că aceste bunuri nu intră niciodată în masa succesorală, pentru că prin însuși efectul clauzei de preciput, la data decesului soțului dispunător, ele au fost atribuite soțului beneficiar, operând o lichidare parțială a regimului matrimonial. Continuând pe aceeași linie, bunurile care formează obiectul clauzei de preciput ar constitui o excepție de la regula prevăzută la art. 355 alin (3) C.civ, potrivit căreia, atunci când comunitatea încetează prin decesul unuia dintre soți, lichidarea se face între soțul supraviețuitor și moștenitorii soțului decedat. Se consideră că bunurile respective au fost deja împărțite între soți, efectul partajului fiind doar amânat până la încetarea căsătoriei prin decesul unuia dintre soți, fapt care le permite soților să se bucure în comun de aceste bunuri pe durata căsătoriei. Ce se poate reproșa acestui punct de vedere este că, deși se apreciază vehement că nu vorbim de o liberalitate ci de o operațiune de partaj, autoarea evită să încadreze instituția preciputului într-o categorie, considerând că se excede dihotomia clasică a actelor cu titlu gratuit și cu titlu oneros. Or, este cunoscut faptul că partajul este un act cu titlu oneros.

Această calificare pare să fie cea mai apropiată de realitatea pe care o cunoaște clauza de preciput în dreptul francez. Fiind inclusă în categoria clauzelor relative la lichidarea comunității, clauza prezintă un dublu efect. În primul rând, creează o inegalitate în drepturile

care decurg din regimul comunității datorită lipsei contrapartidei, iar în al doilea rând, stabilește o prioritate în atribuirea bunului<sup>39</sup>. De aceea, consider că prin sintagma „înainte de partajul moștenirii” se înțelege că voința lui *de cuius* a fost ca aceste bunuri să nu intre în masa partajabilă, fiind atribuite prioritar beneficiarului, dar ele vor intra în masa succesorală.

#### **§6. Clauză de partaj inegal al bunurilor comune?**

Există și opinia că preciputul ar putea fi încadrat ca și clauză de partaj inegal al bunurilor comune, având în vedere că soților le este acordată posibilitatea să prevadă orice modalități de lichidare a regimului lor matrimonial cu privire la unul sau unele dintre bunuri proprietate devălmașă sau pe cote-părți. Punctul de plecare al acestei interpretări este dispoziția de la art. 367 lit. d) C.civ. Potrivit acesteia: „În cazul în care se adoptă comunitatea convențională, convenția matrimonială se poate referi la (...) d) includerea clauzei de preciput; executarea clauzei de preciput se face în natură sau, dacă acest lucru nu e posibil, prin echivalent, din valoarea activului net al comunității”.

Cele două tipuri de clauze nu se identifică, deoarece în cazul clauzei de partaj inegal se cunoaște care dintre soți va fi avantajat de aceasta, pe când în cazul clauzei de preciput, există un element *alea* cu privire la persoana beneficiarului, acesta fiind cunoscut doar la momentul activării acesteia. De altfel, chiar momentul activării fiecărei clauze în parte este diferit. Dacă clauza de partaj inegal se activează oricând în cadrul lichidării regimului matrimonial ca urmare a încetării regimului matrimonial al căsătoriei sau ca urmare a modificării, înlocuirii acestuia sau în cadrul partajului realizat în timpul unui regim de tip comunitar<sup>40</sup>, clauza de preciput se va activa în momentul decesului soțului dispunător.

#### **§7. Instituire contractuală?**

Această instituție mai este cunoscută și ca donație de bunuri viitoare, aparținând categoriei mai largi a liberalităților matrimoniale. Codul civil român de la 1864 consacră donația de bunuri viitoare la art. 933. Doctrinarii români, în acord cu înclinațiile doctrinarilor francezi, au studiat instituirea contractuală în cadrul raporturilor dintre soți, însă sub regimul Codului familiei<sup>41</sup> instituirea contractuală încheiată prin convenție matrimonială devine interzisă (art. 30 alin. 2 C.fam. interzicea orice convenție asupra regimului matrimonial, lovind-o cu nulitatea absolută). Se pare însă că atât timp cât a fost reglementată, a fost prea puțin utilizată<sup>42</sup>.

Scopul instituirii contractuale este de a conferi, pe cale contractuală, donatarului calitatea de succesibil. Instituirea contractuală se poate defini ca fiind acea specie de donație prin care donatorul transmite *mortis causa* donatarului întreaga sa succesiune, o fracțiune din aceasta sau doar un bun<sup>43</sup>. De precizat este că facultatea de a dispune era rezervată oricui, beneficiari putând fi doar soții. Are un regim juridic mixt, aplicându-i-se atât reguli specifice liberalităților *inter vivos*, cât și a celor *mortis causa*. Se aseamănă cu donația pentru că se face prin contract, iar pe de altă parte se aseamănă cu un legat deoarece atât timp cât trăiește dispunătorul, instituitul nu are niciun drept. Dacă instituirea contractuală este universală sau cu titlu universal, instituitul va fi obligat să plătească datorile succesiunii întocmai ca legatarul universal sau cu titlu universal<sup>44</sup>. Art. 933 alin. 2 din vechiul Cod civil prevedea că cel care a făcut o instituire contractuală nu mai putea dispune cu titlu gratuit de bunurile cuprinse în instituire. Instituirea contractuală este o veritabilă excepție de la regula care interzice pactele asupra succesiunilor nedeschise. Prin „bunuri viitoare” nu se înțeleg drepturile efective, ci drepturi eventuale, bunuri care se vor mai regăsi în patrimoniul donatorului la data morții sale.

E de precizat faptul că instituirea contractuală nu se confundă cu donațiile *mortis causa* și nici cu cele *propter mortem*. Acestea din urmă sunt donații ordinare sub termen (suspensiv incert-moartea uneia dintre părți), sunt irevocabile și au ca obiect drepturi efective, iar nu eventuale și nu creează vocații succesoriale convenționale. Ele nu au ca obiect instituirea de moștenitori, ci doar amână executarea lor la momentul decesului donatorului, neîngăduind în niciun fel donatorului să se răzgândească dispunând de bunul donat în favoarea altcuiva, întrucât donatarul este deja creditorul unei obligații de *dare*, de a transfera proprietatea, a cărei amânare privește doar executarea sa<sup>45</sup>. Donația *mortis causa* este revocabilă și are ca obiect bunuri viitoare, în înțelesul lor de drepturi eventuale.

Efectele instituirii contractuale se deosebesc pe axa temporală între efecte care se produc în timpul vieții instituitorului și efectele instituirii contractuale după deschiderea succesiunii acestuia. În timpul vieții instituitorului, acesta are posibilitatea de a revoca *ad nutuum* instituirea contractuală. El păstrează bunurile donate, poate să încheie orice act cu titlu oneros, dar nu poate încheia acte gratuite<sup>46</sup>. După moartea instituitorului gratificatul are un drept de opțiune, întrucât instituitul nu a dobândit la data încheierii contractului decât o vocație, iar nu un drept efectiv.

În doctrina veche<sup>47</sup> s-a exprimat și opinia potrivit căreia, odată căsătoriți, soții nu mai pot să-și facă instituirii contractuale pentru că acestea nu sunt valabile decât dacă sunt conținute în contractul de căsătorie și, în al doilea rând, pentru că instituirea contractuală, fiind de fapt irevocabilă ar încălca principiul potrivit căruia orice donație între soți în timpul căsătoriei este revocabilă. Într-o altă opinie, instituirea contractuală se distinge prin faptul că nu e supusă regulii irevocabilității donațiilor<sup>48</sup>.

Observăm așadar că cele două instituții, respectiv clauza de preciput și instituirea contractuală, au câteva puncte de tangență, dar oare ne permit acestea să ajungem la concluzia că e vorba de una și aceeași instituție, după cum s-a conchis în literatura noastră<sup>49</sup>?

Într-adevăr, se poate considera că preciputul în formă este o donație, un contract care poate fi cuprins doar în convenția matrimonială, iar prin efecte este un testament (legat), dar care nu conferă decât drepturi eventuale, iar nu actuale, acestea neluând naștere decât la decesul dispunătorului, obligându-i doar pe succesorii săi, nicio obligație apăsând asupra lui în timpul vieții. În sprijinul ideii că e vorba de drepturi eventuale, iar nu de drepturi actuale, se aduce ca argument faptul că dispunătorul, deși nu poate revoca direct clauza în mod unilateral, poate face acest lucru indirect, contractând datorii care să anihileze clauza prin executarea silită a bunurilor care formează obiectul acesteia<sup>50</sup>. Deși atât C.civ. Napoleon, cât și C.civ. român din 1864 permiteau ca liberalități, pe lângă donații și testamente, și instituirile contractuale între soți prin contractul de căsătorie, la momentul actual art. 955 C.civ. prevede că moștenirea poate fi doar legală sau testamentară. Totuși, se consideră că instituirea contractuală „a supraviețuit ascunsă chiar și voinței demolatoare a legiuitorului”<sup>51</sup>.

Motivul principal pentru care nu ne raliem acestui punct de vedere este faptul că în dreptul francez, de unde provine atât clauza de preciput prevăzută la art. 333 cât și instituirea contractuală, aceste două instituții încă există, fiind complet autonome una față de cealaltă și având fiecare propria ei fizionomie și propriile reglementări. Dacă clauza de preciput este prevăzută printre clauzele care pot face obiectul unei convenții matrimoniale, instituirea contractuală între soți este prevăzută, în mod firesc, în cadrul liberalităților, la art. 1096 C.civ.fr și prezintă aproximativ aceeași configurație pe care o cunoștea și dreptul nostru. Astfel, instituitorul rămâne proprietar al

bunurilor până în momentul decesului, niciun transfer de proprietate neavând loc. Potrivit art. 1096 al. 1 C.civ.fr., donația de bunuri viitoare făcută între soți în timpul căsătoriei e întotdeauna revocabilă.

Suntem de acord și cu alte argumente aduse de literatura de specialitate<sup>52</sup>. Astfel, instituirea contractuală, ca liberalitate, conferă titlul de succesibil (conferă vocație) persoanei instituite. Dar nu aceasta este finalitatea clauzei de preciput, întrucât nu întotdeauna e vorba despre o intenție liberală. Tocmai din acest motiv, dreptul francez, după cum am menționat mai sus, consideră elementul material și cel psihologic mult prea incerte, motiv pentru care se prezumă că avantajele sunt acte cu titlu oneros, prezumând în sens contrar doar în situația existenței copiilor care nu sunt comuni. De aceea, soțul supraviețuitor va prelua bunurile care fac obiectul clauzei nu în calitate de moștenitor al soțului precedent, ci în calitatea sa de beneficiar al clauzei. Ca exemplu, în caz de nedemnitare, soțul supraviețuitor va putea prelua bunul în calitatea sa de beneficiar.

În plus, obiectul instituirii contractuale îl pot constitui bunurile care vor fi lăsate la decesul dispunătorului, fie în universalitatea lor, fie cu titlu universal sau cu titlu particular. Or, din modul de formulare al art. 333 reiese clar faptul că obiectul acesteia îl poate constitui doar bunuri cu titlu particular. De asemenea, principala trăsătură a instituirii contractuale între soți, la fel ca orice donație între soți, este caracterul revocabil al acesteia. Or, din formularea art. 333 nu rezultă că soțul ar avea singur vreun drept discreționar de a revoca beneficiul; soții pot revoca doar de comun acord clauza în virtutea principiului *mutuus dissensus*. Faptul că dispunătorul ar putea în mod indirect să revoce clauza de preciput, contractând datorii care să anihileze clauza prin executarea silită a bunurilor care formează obiectul acesteia nu înseamnă că această clauză prezintă caracter revocabil și prin urmare, că datorită acestei trăsături, ar putea fi considerată instituire contractuală.

### **3. Domeniu de aplicare. Compatibilitatea clauzei de preciput cu regimul legal, regimul comunității convenționale, regimul separației de bunuri**

Natura juridică a clauzei nu este singurul aspect care cunoaște controverse în dreptul român. Nu există unanimitate nici în ceea ce privește compatibilitatea clauzei cu regimul comunității legale, regimul comunității convenționale sau al separației de bunuri. Vom apela în primul rând la interpretarea sistematică pentru a vedea unde apare clauza de preciput în configurația regimurilor matrimoniale.

În dreptul francez, clauza de preciput poate fi stipulată doar în cadrul comunității convenționale (apare în cadrul Capitolului II: „Regimul comunității”, în partea a IIa, care se referă la comunitatea convențională). Cât despre regimul separației de bunuri, acesta este prevăzut la Capitolul III, prin urmare, clauza de preciput poate coexista doar cu regimul comunității convenționale.

În dreptul nostru este adevărat că posibilitatea stipulării clauzei de preciput este prevăzută expres doar în materia regimului comunității convenționale- art. 367 lit. d) C.civ., însă noțiunea de preciput apare dezvoltată în art. 333, articol care este așezat în capitolul VI: „Drepturile și obligațiile soților”, Secțiunea 1: „Dispoziții comune”, §4 „Alegerea regimului matrimonial”. Ca atare, luând în considerare interpretarea sistematică, clauza de preciput ar fi compatibilă atât regimului comunității legale, comunității convenționale sau regimului separației de bunuri.

S-a opinat că în condițiile în care inserarea unei clauze de preciput se face doar printr-o convenție matrimonială, potrivit art. 365 lit. d), această clauză este compatibilă și cu regimul comunității legale, ales în condițiile art. 369<sup>53</sup>, după cel puțin un an de la încheierea căsătoriei, când soții pot schimba regimul matrimonial existent cu un alt regim matrimonial ori să îl modifice prin act autentic notarial. Dacă după schimbare, soții ar alege regimul comunității legale de bunuri, ei ar putea totodată insera o clauză de preciput în actul autentic notarial de schimbare a regimului matrimonial. Achiesăm la opinia exprimată în doctrină potrivit căreia premisele acestui punct de vedere sunt eronate<sup>54</sup>. Indiferent de momentul în care clauza este inclusă în cuprinsul unei convenții matrimoniale, simpla prezență a acesteia face ca regimul comunității legale să devină regim al comunității convenționale. Art. 367 stipulează: „În cazul în care se adoptă comunitatea convențională, convenția matrimonială se poate referi la unul sau mai multe dintre următoarele aspecte: [...] d) includerea clauzei de preciput”. Rezultă că o convenție matrimonială poate să poarte și doar asupra clauzei de preciput, fără a exista alte clauze, regimul matrimonial devenind unul convențional. Cu toate acestea, este de evidențiat și un alt punct de vedere<sup>55</sup> potrivit căruia, prin inserarea clauzei de preciput în convenția matrimonială, doar în privința acesteia regimul este cel convențional, pentru rest regimul bunurilor soților fiind acela al comunității legale.

Ne raliem opiniei exprimate în doctrină<sup>56</sup> potrivit căreia clauza de preciput își găsește aplicare și în materia separației de bunuri. După cum prevede chiar textul art. 333 alin 1, clauza poate să poarte atât asupra bunurilor comune deținute în devălmășie, cât și asupra celor aflate în coproprietatea soților. Ori, potrivit art. 362 alin. 1: „Bunurile dobândite împreună de soți aparțin acestora în proprietate comună pe cote-părți, în condițiile legii”.

#### 4. Obiectul clauzei de preciput

Această clauză nu poate viza decât bunuri privite *ut singuli*, iar nu *ut universi*, prin urmare există obligativitatea de a individualiza aceste bunuri în cuprinsul convenției matrimoniale. Pot face obiectul clauzei de preciput doar bunurile comune, deținute în devălmășie sau în coproprietate, nu și bunurile proprii ale soțului precedat. În doctrină s-a obiectat că textul art. 333 este neclar și necorelat cu dispozițiile care reglementează fiecare regim juridic<sup>57</sup>. Masa bunurilor comune se regăsește numai în regimurile comunitare. Astfel, în regimul comunității legale și convenționale toate bunurile comune sunt devălmășe, iar bunurile aflate în coproprietate sunt bunuri proprii cu privire la cota-parte ce revine fiecărui soț. Este adevărat că art. 339 C.civ., având ca titlu „bunurile comune”, prevede că bunurile dobândite în timpul regimului comunității legale de oricare dintre soți sunt, de la data dobândirii lor, bunuri comune în devălmășie ale soților. Însă, este de amintit faptul că există o diferență între dreptul de proprietate comună în devălmășie al soților și comunitatea matrimonială<sup>58</sup>. Prima este o modalitate a dreptului de proprietate privată, iar cea de-a doua este o modalitate a patrimoniului.

În primul caz, dreptul de proprietate privată și bunul care constituie obiectul său sunt privite *ut singuli*, iar în cel de-al doilea caz este vorba de o masă patrimonială comună, deci de o universalitate juridică în sens larg. În sens larg, noțiunea de bunuri comune se confundă cu noțiunea de comunitate matrimonială, dar în sens restrâns, în sfera ei nu sunt cuprinse și datoritiile. În plus, potrivit art. 362 alin. 1: „Bunurile dobândite împreună de soți aparțin acestora în proprietate comună pe cote-părți, în condițiile legii”. Prin urmare, prin noțiunea de „bunuri comune”, așa cum o înțelegem din art. 333 nu se are în vedere masa patrimonială care însumează

drepturi și obligații, ci proprietatea comună, ca modalitate a proprietății private. Este de precizat că obiectul clauzei de preciput poate consta și în uzufructul anumitor bunuri, bunuri corporale sau o cantitate de bunuri determinate generic.

## 5. Beneficiarii clauzei de preciput

Preciputul prezintă un pronunțat caracter *intuitu personae*, putând fi stipulată doar în favoarea soțului supraviețuitor. Prin urmare, clauza va produce efecte numai în caz de încetare a căsătoriei prin decesul unuia dintre soți și devine caducă ori de câte ori comunitatea încetează în timpul vieții soților, prin constatarea nulității, anularea, desfacerea căsătoriei sau dacă regimul comunității convenționale își epuizează efectele în timpul căsătoriei<sup>59</sup> ori în situația soților comorienți. Preciputul poate avea atât un caracter bilateral, stipulat reciproc, în favoarea ambilor soți, cât și unul unilateral, în favoarea unuia dintre soți, în măsura în care va supraviețui.

În literatura de specialitate, pornindu-se de la interpretarea art. 333 alin. 4, care statuează că „Clauza de preciput devine caducă atunci când(...)soțul beneficiar a decedat înaintea soțului dispunător(...)” s-a considerat că aceasta nu va putea fi adoptată decât în mod reciproc. În mod corect, s-a atras atenția<sup>60</sup> că intenția legiuitorului nu putea fi una restrictivă, întrucât în ipoteza art. 333 alin 4 legiuitorul nu a dorit să epuizeze situațiile de caducitate a clauzei de preciput. În plus, având în vedere că studiul datează din anul 2010, între timp a avut loc modificarea expresă a art. 333 alin 1, prin art. 52 pct. 11 din Legea 71/2011, care statuează că preciputul poate fi stipulat în beneficiul fiecăruia dintre soți sau numai în favoarea unuia dintre ei.

## 6. Efecte

Prin inserarea unei clauze de preciput într-o convenție matrimonială, soții anticipează în ipoteza decesului oricărui dintre ei sau doar a soțului dispunător un mod de împărțire a comunității lor de bunuri, evitând astfel concursul cu ceilalți moștenitori. Efectele clauzei nu se pot produce decât la data deschiderii moștenirii soțului precedat. Acestea diferă în funcție de calificarea pe care o conferim clauzei.

Dacă o considerăm instituire contractuală, va produce cu totul alte efecte față de situația în care o calificăm ca simplă operațiune de partaj. Cert este că preciputul conferă soțului supraviețuitor un anume avantaj, prin raportare la situația care ar rezulta din aplicarea regulilor regimului comunității legale și a celor ale dreptului succesoral.

Potrivit art. 333, soțul beneficiar preia, fără contrapartidă și înainte de partajul moștenirii, bunurile enunțate în cuprinsul clauzei, după care se va proceda la lichidarea efectivă. Deși în dreptul francez se precizează că preluarea are loc „avant tout partage”, legiuitorul român a preferat să raporteze temporal momentul preluării doar la partajul moștenirii. Potrivit art. 368, „În măsura în care prin convenție matrimonială nu se prevede altfel, regimul juridic al comunității convenționale se completează cu dispozițiile legale privind regimul comunității legale”, iar în materia regimului comunității legale se precizează că atunci „când comunitatea încetează prin decesul unuia dintre soți, lichidarea se face între soțul supraviețuitor și moștenitorii soțului decedat. În acest caz, obligațiile soțului decedat se divid între moștenitori proporțional cu cotele ce le revin din moștenire”.

Se pune întrebarea dacă preluarea se face din bunurile moștenirii sau nu ?



Într-o opinie<sup>61</sup> se consideră că preluarea se face din moștenirea lăsată de defunct, în limita cotei revenind lui *de cuius* din acele bunuri, adică din ceea ce lasă acesta la data decesului său, nu direct din bunurile comune. Prin urmare, mai întâi se determină cota-parte ce revine fiecărui soț, în funcție de contribuția acestora la dobândirea bunului comun, abia mai apoi s-ar putea preleva bunul în virtutea clauzei de preciput. Soluția nu e de neglijat întrucât soțul supraviețuitor, în lipsa stipulației preciputului, oricum deține o cotă-parte din bun, iar ca urmare a aplicării regulilor succesoriale va mai moșteni o anumită cotă din respectivul bun, în funcție de numărul moștenitorilor cu care ar veni în concurs.

Într-o altă opinie, soțul preia bunurile enunțate în cuprinsul clauzei înainte de împărțirea bunurilor comune ale soților<sup>62</sup>. Rolul clauzei este de a „blocă” intrarea bunurilor respective în masa succesorală<sup>63</sup> și de a conferi soțului supraviețuitor dreptul de proprietate în integralitatea sa, nedesemnând doar o operațiune materială de preluare, de luare în stăpânire<sup>64</sup>. Ca atare, preciputul ar fi o excepție de la prevederile art. 355 alin. 3 C.civ. care prevede că atunci când comunitatea încetează prin decesul unuia dintre soți, lichidarea se face între soțul supraviețuitor și moștenitorii soțului decedat, principalul efect al preciputului fiind acela de a lichida parțial regimul matrimonial. Pe aceeași linie<sup>65</sup>, se consideră că preluarea se va face înainte de împărțirea bunurilor comune ale soților, pentru că dacă momentul preluării ar fi ulterior acestei împărțeli, nu ar mai exista niciun fel de bunuri comune din care să se execute clauza.

Motivul pentru care tindem să aderăm la prima opinie menționată este faptul că preciputul este supus reducțiunii în cazul în care se depășește cotitatea disponibilă, încalcându-se rezerva. În măsura în care excludem cu totul intrarea bunurilor care fac obiect al clauzei de preciput în masa succesorală, nu mai putem pune în mișcare mecanismul reducțiunii. De altfel, mergând mai departe, n-am mai putea vorbi despre încălcarea rezervei succesoriale, căci potrivit art. 1086 „Rezerva succesorală este partea din bunurile moștenirii la care moștenitorii rezervatari au dreptul în virtutea legii”. Or, dacă considerăm că obiectul preciputului este atribuit soțului beneficiar, la data decesului, fără a intra în masa succesorală, rezerva n-ar fi niciodată încălcată. De asemenea, apare ca necesară preluarea preciputului abia după momentul determinării cotelor ce le revin soților pentru că reducțiunea nu va opera asupra întregului bun. Soțul supraviețuitor are o cotă din bun în virtutea propriului său drept și în plus va avea o cotă ca moștenitor legal. Reducțiunea va opera doar asupra părții din bun care excede drepturilor soțului beneficiar.

Pe de altă parte, avem în vedere doctrina franceză care diferențiază între situația în care cei doi soți nu au copii dinafara căsătoriei, caz în care se consideră că e vorba de un avantaj matrimonial conferit soțului supraviețuitor, în calitate de co-partajant și situația în care există copii care nu sunt comuni, caz în care se consideră că e vorba de un avantaj matrimonial-liberalitate. Prin urmare, bunurile intră sau nu în masa succesorală? Pentru că s-ar părea că în cea de-a doua situație trebuie să intre. Or, dacă în dreptul nostru, preciputul este supus reducțiunii în toate cazurile, bunurile vor intra întotdeauna în masa succesorală.

Preciputul nu poartă decât asupra activului net al comunității, prin urmare el se va executa abia după satisfacerea creanțelor creditorilor comuni. Art. 333 al. 3 prevede că preciputul nu aduce nicio atingere dreptului creditorilor comuni de a urmări, chiar înainte de încetarea comunității, bunurile care fac obiectul clauzei.

Ne mai punem întrebarea dacă creditorii personali ai defunctului pot urmări bunul asupra căruia a fost instituită o clauză de preciput. Iată că și răspunsul la această întrebare depinde

de calificarea pe care o dăm instituției. Dacă ne raliem opiniei care tratează clauza de preciput ca partaj și modalitate de lichidare a regimului matrimonial<sup>66</sup>, răspunsul ar fi unul negativ. Potrivit susținerilor autoarei, aceste bunuri nu intră niciodată în masa succesorală, pentru că au fost atribuite, prin efectul decesului patrimoniului soțului beneficiar. Prin urmare, bunul nu ar putea fi urmărit de creditorul succesiunii. În schimb, dacă ar fi să tratăm clauza de preciput ca legat, ne izbim de principiul *nemo liberalis nisi liberatus*<sup>67</sup>, principiu care își are aplicare în art. 1067 alin.1 („creditorii moștenirii au dreptul să fie plățiți cu prioritate față de legatari”).

Se pune problema de a ști dacă este suficientă manifestarea de voință exprimată cu ocazia încheierii convenției matrimoniale pentru a activa clauza de preciput și deci, pentru a avea loc întregirea dreptului de proprietate sau soțul supraviețuitor trebuie să opteze între a accepta sau a renunța la beneficiile ce fac parte din conținutul clauzei. Într-o opinie<sup>68</sup> se consideră că e vorba de o facultate conferită soțului supraviețuitor. Acesta va trebui să opteze între a accepta beneficiile ce rezultă din activarea clauzei de preciput și a renunța la acestea.

Pe de altă parte, dacă e să admitem că preciputul și instituirea contractuală sunt unul și același lucru, devine aplicabil art. 1100 alin. 1 C.civ, potrivit căruia fiecare succesibil este în drept să aleagă între acceptarea sau renunțarea la moștenire. Mai mult de atât, soțul care a sustras sau ascuns bunul instituit este considerat că a acceptat moștenirea, chiar dacă anterior renunțase la ea<sup>69</sup>.

De asemenea, potrivit art. 1113 alin.1 C.civ., pentru motive întemeiate, la cererea unei persoane interesate, acesta poate fi obligat să își exercite dreptul de opțiune succesorală într-un anumit termen, iar dacă nu o face este considerat renunțător. Opinia contrară<sup>70</sup> este aceea că soțul supraviețuitor nu are un drept de opțiune între a prelua sau a repudia bunurile preciputate, el exprimându-și consimțământul în acest sens la data semnării convenției matrimoniale în care este cuprinsă clauza de preciput.

S-a admis că preciputul poate fi invocat de creditorii soțului beneficiar pe calea acțiunii oblice, ori de moștenitorii săi, dacă a decedat mai înainte de a-l fi exercitat<sup>71</sup>. Preciputul poartă asupra activului net al comunității deoarece el nu se execută decât după satisfacerea creanțelor creditorilor comunitari (art. 333 alin.3). Atunci când aceste bunuri au fost vândute la cererea creditorilor comuni, clauza de preciput devine caducă (art.333alin. 4).

Un alt aspect care trebuie menționat este modul în care se dobândește dreptul de proprietate. Este acesta un act translativ de proprietate, izvorând dintr-un contract sau este un act constitutiv de drepturi? Potrivit unor autori<sup>72</sup>, clauza de preciput este translativă de proprietate, iar ceea ce se transmite este cota-parte de proprietate asupra bunului obiect al clauzei. În măsura în care considerăm preciputul ca aparținând instituțiilor succesoriale, devine aplicabil art. 887 alin. 1 C.civ, potrivit căruia „Drepturile reale se dobândesc fără înscriere în cartea funciară când provin din moștenire(...)”.

S-a vehiculat ideea că, deși nu e instituție a dreptului succesoral, soluția ar fi aceeași<sup>73</sup>. Teoria clauza de preciput - modalitate de lichidare a regimului matrimonial și partaj va pune în aplicare un alt mecanism al dobândirii dreptului de proprietate. Potrivit art. 357, în cadrul lichidării comunității, fiecare dintre soți preia bunurile sale proprii, după care se va proceda la partajul bunurilor comune. În concepția noului Cod civil partajul este conceput ca act constitutiv<sup>74</sup>. Așadar, beneficiarul clauzei de preciput ar dobândi bunul direct din actul de partaj. Făcând parte dintr-o convenție matrimonială, clauza de preciput are nevoie de înscriere autentic, spre deosebire de

alte operațiuni de partaj care nu au această cerință. În cazul imobilelor, efectele se produc doar ca urmare a înscrierii în cartea funciară.

Indiferent care ar fi mecanismul de transmitere al proprietății, cel puțin în privința imobilelor, clauza de preciput va fi notată în cartea funciară. Făcând parte dintr-o convenție matrimonială valabilă doar prin înscris autentic, potrivit art. 334 alin. 2 notarul public, ținând seama de natura bunurilor, expediază din oficiu un exemplar al convenției matrimoniale Registrului de carte funciară.

### **7. Termen de exercitare**

O altă problemă care depinde de calificarea naturii juridice este cunoașterea termenului în care poate fi exercitat. Legea nu reglementează un termen special pentru exercitarea preciputului. Dacă asimilăm clauza unei operații de partaj, dreptul de opțiune este unul imprescriptibil<sup>75</sup>. De asemenea, se consideră că dreptul de opțiune este unul imprescriptibil pentru că se exercită printr-un act juridic unilateral, care depinde exclusiv de voința titularului său (drept potestativ).

Alți autori<sup>76</sup> consideră că, în lipsa unui termen special de prescripție prevăzut de lege, se aplică termenul general de 3 ani, care va începe să curgă din momentul nașterii dreptului, respectiv la moartea unuia dintre soți.

Dacă considerăm că preciputul nu este altceva decât drept de natură succesorală, beneficiarul acestuia are dreptul de a opta pentru acceptarea sau renunțarea la preciput în condițiile art. 1106<sup>77</sup>. Acceptarea lui trebuie făcută în termenul de opțiune succesorală prevăzut la art. 1103<sup>78</sup>.

După cum am văzut, nici în dreptul francez nu este prevăzut un termen în care poate fi exercitat preciputul. De aceea, soluția cu care a venit doctrina franceză<sup>79</sup> este de îmbrățișat și în dreptul nostru. Astfel, soții pot să prevadă în convenția matrimonială prin care instituie clauza de preciput că moștenitorii soțului decedat au posibilitatea de a-l notifica pe soțul supraviețuitor, iar dacă trece un anumit interval de timp fără ca acesta din urmă să reacționeze, beneficiarul va fi considerat renunțător.

### **8. Situații de ineficacitate**

În primul rând, având în vedere că clauza de preciput este o instituție accesorie la convenția matrimonială, nu poate exista singură; eficacitatea sa este condiționată de eficacitatea actului juridic din care face parte. Nulitatea sau caducitatea convenției matrimoniale va atrage după sine și ineficacitatea clauzei de preciput.

Art. 333 alin. 4 prevede expres unele cauze de ineficacitate. Prima cauză prevăzută este încetarea comunității în timpul vieții soților care poate interveni prin divorț, anulare sau prin constatare a nulității căsătoriei. De asemenea, comunitatea încetează și în cazul schimbării regimului matrimonial, prin înlocuirea regimului convențional cu regimul separației de bunuri, fie prin modificare convențională (art. 369), fie prin separație judiciară (art. 370).

Altă situație de caducitate o constituie decesul simultan al soților. Rațiunea este de înțeles întrucât nu există un soț supraviețuitor.

De asemenea, mai e prevăzută expres ca situație de ineficacitate vinderea bunurilor care au făcut obiectul ei la cererea creditorilor comuni ai soților. În acest caz, clauza devine caducă, neputând fi executată prin echivalent. Explicația constă în faptul că preciputul nu poartă decât asupra activului net al comunității. Totuși, în măsura în care masa comună ar fi îndestulătoare, nu

vedem de ce legiutorul a ales să lipsească de efecte preciputul, iar în alte situații (de exemplu, pieire fortuită) să îl execute prin echivalent.

Pe lângă aceste situații de caducitate pot fi imaginate și altele, de exemplu: pieirea fortuită a bunului asociată cu imposibilitatea executării prin echivalent, faptul că soții căsătoriți sub regimul separației de bunuri nu dobândesc niciun bun în coproprietate.

### **9. Imputarea și reducțiunea preciputului**

Potrivit art. 333 alin. 2, clauza de preciput nu este supusă raportului donațiilor, ci numai reducțiunii. După cum am mai menționat, valoarea avută în vedere va fi stabilită în raport cu cota-parte revenind lui de cuius din bunurile comune. Se va imputa după donații, prioritar asupra cotității disponibile a moștenirii și numai în subsidiar asupra soțului supraviețuitor. Este supusă reducțiunii conform regulilor de drept comun aplicabile legatelor.

S-a adus în vedere faptul că această soluție nu este cea mai fericită<sup>80</sup> datorită caracterului irevocabil al clauzei de preciput. Aceasta, la fel ca și donația, trebuie să fie preferată tuturor liberalităților ulterioare, indiferent dacă e vorba despre donații sau legate, în caz contrar soțul dispunător având posibilitatea de a reveni asupra angajamentului irevocabil prin liberalități ulterioare care să golească de conținut preciputul.

### **Concluzii**

Determinarea naturii juridice nu presupune doar un demers teoretic. Am văzut că efectele instituției diferă în funcție de calificarea pe care o dăm. În ciuda tuturor opiniilor enunțate de distinși autori, considerăm că instituția clauzei de preciput sfidează orice clasificare am încerca să-i atribuim. Adoptată și inadaptată, trebuie să o acceptăm așa cum este ea. Credem că orice încadrare absolută este periculoasă. Dacă o considerăm liberalitate, vor exista situații când vom anihila voința reală a soților, aceea de „desocotire” anticipată cu privire la un anume bun, după decesul unuia dintre ei. Poate cel mai bun exemplu este cel în care dispunătorul vrea să-i recunoască contribuția vădit superioară a beneficiarului în dobândirea bunului comun, neavând nicio intenție liberală. Dacă o considerăm orice altceva decât liberalitate, nu putem explica mecanismul reducțiunii.

Încercând să sintetizăm cele expuse mai sus, vom constata că preciputul poate fi stipulat doar în cadrul unei convenții matrimoniale. Acesta este compatibil atât cu regimul comunității convenționale, cât și cu regimul separației de bunuri. În formă, împrumută din caracterele donației, în efecte, se aseamănă cu un legat. Prezintă similitudini cu instituirea contractuală cunoscută o perioadă de timp în vechiul Cod civil. Poate fi văzută și ca partaj sau modalitate de lichidare a regimului matrimonial, dar după cum am văzut, sub rezerve.

---

\* Student, Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; banc\_daiana@yahoo.com.

<sup>1</sup> Honoré de Balzac, *Scènes de la vie privée. Le contrat de mariage*, La Bibliothèque électronique du Québec, Collection *À tous les vents*, volume 1054: version 1.0, pag. 24, se poate vizita la adresa: <https://beq.ebooksgratuits.com/balzac/Balzac-19.pdf> (site consultat la data de 09.05.2016, ora 12).

<sup>2</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Ed. *Presses Universitaires de France*, Ediția a 2-a, 2001, v<sup>o</sup> *preciput*.

<sup>3</sup> A. Al. Banciu, *Raporturile patrimoniale dintre soți potrivit noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2011, pag. 138.

- <sup>4</sup> Spre exemplu, J. Augustin, *Les premiers contrats de mariage à Montréal de 1648 à 1664 et la Coutume de Paris*, în *Revue Juridique Thémis*, vol. 30, no.1, 1996, pag 17, vorbește despre 9 contracte în care i se permitea soției să preleve, înaintea partajului comunității, bunuri destinate folosului personal sau sume de bani destinate acoperirii cheltuielilor imediate. Articolul poate fi consultat la adresa: <https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol30num1/jmaugustin.pdf> (site consultat la data de 09.03.2016, ora 15).
- <sup>5</sup> G. Cornu, *loc.cit.*
- <sup>6</sup> Codul civil francez poate fi consultat online la adresa: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006440498> (site consultat la data de 23.02.2016, ora 11)
- <sup>7</sup> J. Flour, G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, Ed. Armand Colin, Paris, 1999, pag. 580.
- <sup>8</sup> G. Bonnet, în M. Grimaldi (coord.), *Droit patrimonial de la famille*, Ed. Dalloz, Paris, 2011, pag. 314.
- <sup>9</sup> A. Colomer, *Droit civil: régime matrimonial*, Ed. Litec, Paris, 1998, pag. 523.
- <sup>10</sup> J. Flour, G. Champenois, *op.cit.*, pag. 584.
- <sup>11</sup> *Ibidem*, pag. 585.
- <sup>12</sup> G. Bonnet, *op.cit.*, pag. 314.
- <sup>13</sup> *Ibidem* pag. 315.
- <sup>14</sup> Codul civil belgian poate fi consultat online la adresa: <http://www.droitbelge.be/codes.asp#civ> (site consultat la data de 25.02.2016, ora 14).
- <sup>15</sup> Art. 333 din noul Cod civil a fost modificat prin art. 52 pct. 11 din Legea 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii 287/2009 privind Codul civil, în varianta sa inițială, cea trimisă spre promulgare lipsind mențiunea că clauza de preciput poate fi stipulată în beneficiul fiecăruia dintre soți sau numai în favoarea unuia dintre ei. De asemenea, alin. 2 nu făcea trimitere la alin. 1 și 2 al art. 1096 privind ordinea reduștiunii legatelor. Proiectul poate fi consultat la adresa: [http://www.cdep.ro/proiecte/2009/300/00/5/leg\\_pl305\\_09.pdf](http://www.cdep.ro/proiecte/2009/300/00/5/leg_pl305_09.pdf) (site consultat la data de 05.03.2016, ora 10).
- <sup>16</sup> J. Flour, G. Champenois, *op.cit.*, pag. 593, *apud* F. Lucet, *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux*, th. Paris II.
- <sup>17</sup> G. Bonnet, *op.cit.*, pag. 322.
- <sup>18</sup> Q. Guiguet-Schiélé, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux*, thèse, pag.18. Lucrarea se poate vizita la adresa: [file:///C:/Users/MediaGalaxy/Downloads/Guiguet-SchielQuentin-2013%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/MediaGalaxy/Downloads/Guiguet-SchielQuentin-2013%20(1).pdf) (site consultat la data de 09.05.2016).
- <sup>19</sup> J. Flour, G. Champenois, *op.cit.*, pag. 596.
- <sup>20</sup> *Ibidem*, pag 601, *apud* Carbonnier, *Le régime matrimonial*, pag. 663.
- <sup>21</sup> G. Bonnet, *op.cit.*, pag. 322.
- <sup>22</sup> J. Flour, G. Champenois, *op.cit.*, pag.597.
- <sup>23</sup> *Ibidem*, pag. 596, nota 5.
- <sup>24</sup> D. Chirică, *Tratat de drept civil. Succesiunile și liberalitățile*, Ed. C.H.Beck, București, 2014, pag. 362.
- <sup>25</sup> J. Flour, G. Champenois, *op.cit.*, pag. 584.
- <sup>26</sup> R. Cabrillac, *Droit civil: les régimes matrimoniaux*, Ed. Montchrestien, Paris, 2002, pag. 276.
- <sup>27</sup> C. M. Nicolescu, *Clauza de preciput în reglementarea Noului Cod Civil. Abordare comparativă*, în RRDP nr. 6/2011, pag. 146-147. Autoarea recunoaște că această calificare nu are vocația de a oferi elemente precise cu privire la natura juridică, accentuând faptul că orice tentativă de a determina natura juridică a preciputului suportă o doză de risc și imperfecțiune.
- <sup>28</sup> D. Chirică, *op.cit.*, pag. 363; I. Popa, *Clauza de preciput*, în RRDP nr. 4/2011, pag. 174.

- <sup>29</sup> T. Bodoaşcă, A. Drăghici, *Discuții în legătură cu clauza de preciput în reglementarea Noului Cod Civil Român*, în *Dreptul* nr. 10/2013, pag. 33. În același sens, A.Al. Banciu, *Raporturile patrimoniale dintre soți potrivit noului Cod civil*, Ediția a 2-a, Ed. Hamangiu, București, 2011, pag. 146.
- <sup>30</sup> A. Al. Banciu, *Raporturile patrimoniale dintre soți, potrivit noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, 2011, pag. 146.
- <sup>31</sup> Pentru mai multe detalii privind liberalitățile: D. Chirică, *op.cit.*, pag. 85 și urm.
- <sup>32</sup> M. Avram, *Drept civil: Familia*, Ed. Hamangiu, 2013, pag. 328.
- <sup>33</sup> *Ibidem*.
- <sup>34</sup> D. Chirică, *op.cit.*, pag. 367, C.-M. Nicolescu, *op.cit.*, pag.143.
- <sup>35</sup> Spre exemplu, fundația nu e o „simplă varietate a donațiunii sau legatului”, fiind „o liberalitate *sui generis*”, a se vedea M. D. Bob, *Discuții cu privire la unele probleme controversate referitoare la fundații*, în *Dreptul*, nr. 10/1999, pag. 29.
- <sup>36</sup> Art. 330(1) „Sub sancțiunea nulității absolute, convenția matrimonială se încheie prin înscris autenticat de notarul public, cu consimțământul tuturor părților, exprimat personal sau prin mandatar cu procură autentică, special și având conținut predeterminat.”
- <sup>37</sup> M. Avram, *op.cit.*, pag. 326-332.
- <sup>38</sup> *Ibidem*, pag. 329.
- <sup>39</sup> G. Bonnet, *op.cit.*, pag. 318.
- <sup>40</sup> E. Florian, *Dreptul familiei. Căsătoria. Regimuri matrimoniale. Filiația*, Ediția 5, Ed. C.H. Beck, București, 2016, pag. 170.
- <sup>41</sup> Codul familiei a fost adoptat prin Legea nr. 4 din 4 ianuarie 1953, republicată în *Buletinul Oficial* nr. 13 din 18 aprilie 1956, modificat și completat de-a lungul anilor până la apariția noului Cod civil.
- <sup>42</sup> C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, Ediție îngrijită de Dumitru Rădescu, Vol. III, Ed. All Educational, București, 1998, pag. 648.
- <sup>43</sup> P. Vasilescu, *Instituirea contractuală- un nautilus juridic?*, în *RRDP* nr. 2/2007, pag. 239.
- <sup>44</sup> C. Hamangiu, ..., *op.cit.*, pag. 651.
- <sup>45</sup> D. Chirică, *op.cit.*, pag. 368-369, *apud* M. Grimaldi, *Droit civil. Successions*, Ed. Litec, Paris, 1995, pag. 251.
- <sup>46</sup> P. Vasilescu, *op.cit.*, pag. 246.
- <sup>47</sup> C. Hamangiu, ..., *op.cit.*, pag. 650.
- <sup>48</sup> M. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Ediție îngrijită de G. Bucur, M. Florescu, Ed. All Educational, București, 1998, pag. 380.
- <sup>49</sup> D. Chirică, *op.cit.*, pag. 369.
- <sup>50</sup> *Ibidem*, pag. 370.
- <sup>51</sup> *Ibidem*, pag. 362.
- <sup>52</sup> C.-M. Nicolescu, *op. cit.*, pag. 144.
- <sup>53</sup> A.Al. Banciu, *Raporturile patrimoniale dintre soți, potrivit noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, 2011, pag. 146
- <sup>54</sup> C.-M. Nicolescu, *Regimurile matrimoniale convenționale în sistemul noului Cod civil român. Abordare istorică, utilitaristă și comparativă*, Ed. Universul Juridic, 2012, pag. 209
- <sup>55</sup> D. Chirică, *op.cit.*, pag. 366, nota 3
- <sup>56</sup> C.-M. Nicolescu, *Clauza de preciput...*, pag. 140.
- <sup>57</sup> A. Bacaci, V.-C. Dumitrache, C.C. Hageanu, *Dreptul familiei în reglementarea NCC*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, pag. 84.
- <sup>58</sup> V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, pag. 320.
- <sup>59</sup> M. Avram, C. Nicolescu, *Regimuri matrimoniale*, Ed. Hamangiu, 2010, pag. 314.
- <sup>60</sup> C.-M. Nicolescu, *Clauza de preciput...*, pag. 150.
- <sup>61</sup> D. Chirică, *op.cit.*, pag. 371.

- <sup>62</sup> C. Nicolescu, *Clauza de preciput în reglementarea Noului Cod civil român. Avantaj matrimonial sau instrument de planificare succesorală?*, în AUB Drept, *Conferința Reglementări fundamentale în noul Cod civil și în noul Cod de procedură civilă, 17-18 februarie 2012*, supliment, pag. 98. În același sens, M. Avram, *op.cit.*
- <sup>63</sup> C. Nicolescu, *Corelații între regulile specifice regimurilor matrimoniale și cele de drept succesoral în sistemul codului civil român*, în *Evoluția noțiunii de familie și influența acesteia asupra ordinii succesorale legale. Lucrările colocviului internațional desfășurat la București, 19-20 aprilie 2013*, coord. M.D. Bob, Ed. Monitorul Oficial, București, 2013, pag. 24.
- <sup>64</sup> *Ibidem.*
- <sup>65</sup> C.-M. Crăciunescu, D. Lupașcu, *op.cit.*, pag. 45.
- <sup>66</sup> M. Avram, *op.cit.*, pag. 329.
- <sup>67</sup> Nimeni nu poate face liberalități înainte de a-și achita datoriile.
- <sup>68</sup> C.-M. Nicolescu, *Clauza de preciput.*, pag. 153.
- <sup>69</sup> Potrivit art. 1119(1): „Succesibilul care, cu rea-credință, a sustras ori a ascuns bunuri din patrimonial succesoral sau a ascuns o donație supusă raportului ori reducățiunii este considerat că a acceptat moștenirea, chiar dacă anterior renunțase la ea. El nu va avea însă niciun drept cu privire la bunurile sustrate sau ascunse și, după caz, va fi obligat să raporteze ori să reducă donația ascunsă fără a participa la distribuirea bunului donat. (2) Moștenitorul aflat în situația prevăzută la alin. (1) este ținut să plătească datoriile și sarcinile moștenirii proporțional cu cota sa din moștenire, inclusiv cu propriile sale bunuri.”
- <sup>70</sup> D.-G. Ionaș, *Natura juridică a clauzei de preciput- subiect de controverse doctrinare*, în SUBB – *lurisprudentia*, nr. 3/2014, pag. 54.
- <sup>71</sup> *Ibidem.*
- <sup>72</sup> A.Al. Banciu, *op.cit.*, pag. 148.
- <sup>73</sup> C. Nicolescu, *Clauza de preciput în reglementarea Noului Cod civil român- avantaj matrimonial sau instrument de planificare succesorală? (...)*, pag.99.
- <sup>74</sup> Art. 680 alin. 1 prevede: „Fiecare coproprietar devine proprietarul exclusiv al bunurilor sau, după caz, al sumelor de bani ce i-au fost atribuite numai cu începere de la data stabilită în actul de partaj, dar nu mai devreme de data încheierii actului, în cazul împărțelii voluntare, sau, după caz, de la data rămânerii definitive a hotărârii judecătorești”. Iar alin. (2) aduce în completare „În cazul imobilelor, efectele juridice ale partajului se produc numai dacă actul de partaj încheiat în formă autentică sau hotărârea judecătorească rămasă definitivă, după caz, au fost înscrise în cartea funciară.”
- <sup>75</sup> Potrivit art. 669: „Încetarea coproprietății prin partaj poate fi cerută oricând, afară de cazul în care partajul a fost suspendat prin lege, act juridic ori hotărâre judecătorească.”
- <sup>76</sup> C.-M. Crăciunescu, D. Lupașcu, *op.cit.*, pag. 47.
- <sup>77</sup> Art. 1106 prevede: „Nimeni nu poate fi obligat să accepte o moștenire ce i se cuvine”.
- <sup>78</sup> Art. 1103 alin.(1) prevede: „Dreptul de opțiune succesorală se exercită în termen de un an de la data deschiderii moștenirii”.
- <sup>79</sup> G. Bonnet, *op.cit.*, pag. 315.
- <sup>80</sup> D. Chirică, *op.cit.*, pag. 374.

## **ELEMENTELE CONSTITUTIVE ALE PRACTICILOR COMERCIALE NELOIALE ÎN RELAȚIILE CU CONSUMATORII**

Juanita GOICOVICI\*

**Résumé.** *Characterising elements for the unfair commercial practices in relationship with the consumers. **Eléments constitutifs des pratiques commerciales déloyales rapportées aux consommateurs.** La loi roumaine ne définit pas ce qu'est une pratique commerciale ayant le potentiel d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur. Le premier indice est celui de rapporter l'analyse au „consommateur moyen”, car les dispositions de la loi visent „le consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé”. Les pratiques commerciales déloyales peuvent résulter d'une action trompeuse (a) ou d'une omission trompeuse (b) est c'est dans ce contexte qu'on doit apprécier l'altération du comportement économique du consommateur et la validité du consentement de celui-ci.*

*La pratique commerciale trompeuse est sanctionnée de peine d'amende; à cette peine principale peuvent s'ajouter à titre de peines complémentaires la publication de la décision et l'affichage du jugement. Les consommateurs victimes des pratiques commerciales trompeuses pourront demander des dommages-intérêts, soit sur le terrain de la responsabilité civile contractuelle, si le consommateur s'était en même temps engagé dans une relation contractuelle avec le professionnel auteur de la pratique commerciale trompeuse (i), soit sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle s'il s'agit d'un consommateur non contractant (ii).*

*Le respect de la déontologie professionnelle ne représente pas un critère décisif dans l'appréciation sur l'existence des pratiques commerciales déloyales en présence d'un document contractuel ou publicitaire mal réfigé ou contenant des informations inexactes. Il suffit que le message soit trompeur en sens objectif pour que l'existence de la pratique déloyale soit établie, en dépit de l'impossibilité d'établir l'existence d'une intention dolosive. Si le prix et les caractéristiques essentielles des produits ou services sont mentionnés, le caractère trompeur du message publicitaire serait apprécié par rapport aux éléments définitoires. La liste noire des pratiques commerciales interdites en toute hypothèse, annexée à la Loi no. 363/2007 sur le combat des pratiques commerciales déloyales a aussi des conséquences sur le régime probatoire de l'action en justice.*

**Cuvinte-cheie:** *practici comerciale neloiale, comportament economic, omisiuni înșelătoare, consumator.*

**Mots-clé:** *pratiques commerciales déloyales, comportement économique, omissions trompeuses, consommateur.*

**Keywords:** *unfair commercial practices, economic choice, misleading behaviour, consumer.*



## 1. Observații introductive

Identificarea practicilor comerciale incorecte continuă să suscite dificultăți pentru practicienii dreptului, context în care abordarea corectă a elementelor constitutive ale practicilor neloiale se poate dovedi decisivă. În practică, cel mai adesea, este vorba despre anunțuri publicitare inexacte sau susceptibile să inducă în eroare consumatorul, continuând cu situațiile în care un produs este descris ca fiind oferit „gratuit” sau „fără costuri”, iar consumatorul trebuie să suporte costuri suplimentare mascate. Însă tipologia practicilor neloiale este una mult mai vastă, inclusiv din perspectiva faptului că, după cum vom observa în paragrafele de mai jos, legiuitorul european și cel național a operat cu prezumții absolute de incorectitudine în cazul anumitor practici comerciale prezumate de legiuitor ca fiind neloiale în orice context contractual.

În termenii art. 4 din Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii<sup>1</sup>, o practică comercială este incorectă dacă sunt îndeplinite, în mod cumulativ, următoarele condiții:

(a) este contrară cerințelor diligenței profesionale;

(b) deformează sau este susceptibilă să deformeze în mod esențial comportamentul economic al consumatorului mediu la care ajunge sau căruia i se adresează ori al membrului d consumatori;

(c) practicile comerciale susceptibile să deformeze în mod esențial comportamentul economic al unui „anumit grup vulnerabil de consumatori, clar identificabil, trebuie evaluate din perspectiva membrului mediu al grupului. Grupul de consumatori este cu precădere vulnerabil la respectiva practică sau la produsul la care aceasta se referă, din motive de infirmitate mentală sau fizică, de vârstă sau de credulitate, comportamentul economic al acestuia putând fi în mod rezonabil prevăzut de comerciant. Această prevedere nu aduce atingere practicilor publicitare obișnuite și legitime ce constau în declarații exagerate sau declarații ce nu sunt destinate a fi luate ca atare” (art. 4, alin. 2 din Legea nr. 363/2007).

Ne vom concentra analiza asupra cerinței încălcării diligenței profesionale (i), având în vedere că, în numeroase situații, nu se poate stabili pentru profesionist intenția de a induce în eroare consumatorul, deși elementele obiective ale înșelăciunii sunt întrunite (acțiuni, omisiuni înșelătoare, informații false). Totodată, vom aborda cele mai importante tendințe în practica CJUE a ultimilor trei ani cu privire la sfera personală de aplicare a interdicției privitoare la practicile incorecte, în contextul în care același tip de serviciu poate fi prestat faptic către consumatori atât de organisme publice, cât și de către comercianți sau operatori economici de drept privat (ii).

## 2. Acțiuni și omisiuni având potențialul de a induce consumatorii în eroare

Practicile comerciale înșelătoare pot fi acțiuni înșelătoare (a) sau omisiuni înșelătoare (b), după cum reține și legiuitorul român în cuprinsul art. 5 din Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor comerciale incorecte. În terminologia art. 6 din lege, o practică comercială este considerată ca fiind *acțiune înșelătoare* dacă aceasta conține informații false sau, în orice situație, inclusiv în prezentarea generală, induce în eroare sau este susceptibilă să inducă în eroare consumatorul mediu, astfel încât, în ambele ipoteze, fie îl determină, fie este susceptibilă a-l determina pe consumator să ia o decizie comercială pe care altfel nu ar fi luat-o<sup>2</sup>.

Prima dificultate cu care se confruntă practicienii dreptului consumatorilor este aceea de a stabili la ce se referă sintagma „*practici ale comercianților în relațiile cu consumatorii*”, fiind util de precizat că astfel de practici includ orice acțiune, omisiune, comportament, demers sau prezentare comercială, inclusiv publicitate sau mesaje publicitare, efectuate de un comerciant, în strânsă legătură cu promovarea, vânzarea sau furnizarea unui produs consumatorilor, după cum rezultă din definiția legală (art. 3 din Legea nr. nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii).

*Deformarea substanțială a comportamentului economic al consumatorilor* implică utilizarea unui criteriu subiectiv centrat pe consumator pentru identificarea existenței unei practici neloiale. Sintagma legală se referă la folosirea de către profesionist unei practici comerciale cu scopul de a afecta în mod considerabil capacitatea consumatorilor de a lua o decizie în cunoștință de cauză, determinându-i astfel să ia o decizie pe care nu ar fi luat-o. Este vorba despre elementul subiectiv al consimțământului avizat al consumatorului la momentul încheierii contractului, la momentul convenirii unui act adițional, al luării deciziei consumatorului de reînnoire pentru o anumită perioadă a raporturilor contractuale, al efectuării unei plăți în baza unei facturi emise de profesionist etc. Faptul că deformarea comportamentului economic al consumatorului trebuie să fie „substanțială” exclude incidența interdicției și a sancțiunilor legale în cazuri de afectare minoră, nesemnificativă sau modică a intenției de contractare a consumatorului, ca și în cazul reverberațiilor patrimoniale modice generate pentru consumator de respectiva practică.

### **3. Este respectarea diligenței profesionale un criteriu de departajare?**

În literatura de specialitate<sup>3</sup> s-a opinat că practicile neloiale sancționate prin dispozițiile Legii nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii reprezintă „fapte comisive sau omisive săvârșite în mod intenționat și care au un scop calificat și urmărit în mod conștient de către agentul economic, respectiv inducerea în eroare a consumatorului” și, respectiv, că este vorba despre „fapte cu caracter repetitiv, care reprezintă o îndeletnicire utilizată constant de către agentul economic”, întrucât am fi în prezența unor „fapte repetate și intenționate, săvârșite de către agentul economic în scopul de a induce în eroare consumatorii, care constituie practici comerciale incorecte numai atunci când prezintă un grad ridicat de pericolozitate (inclusiv prin raportare la frecvența cu care sunt săvârșite)”. Nu împărtășim opinia citată, având în vedere jurisprudența recentă a CJUE, din care rezultă că o practică comercială înșelătoare față de consumator este neloială și, prin urmare, interzisă, fără a fi necesar să se demonstreze ca aceasta este contrara cerințelor diligenței profesionale.

În opinia noastră, în analiza practicilor comerciale înșelătoare primează criteriul obiectiv, al existenței efective a elementelor de natură să inducă în eroare consumatorii (de exemplu, existența unei declarații de exclusivitate teritorială care, deși făcută în baza unor clauze contractuale, nu era conformă realității faptice). Criteriul obiectiv al prezenței unor informații false primează asupra criteriului subiectiv, al existenței sau inexistenței intenției de a induce în eroare consumatorii, respectiv al neglijenței profesionale grave (încălcarea diligenței profesionale).

În speța care a prilejuit trimiterea unei întrebări preliminare către CJUE<sup>4</sup>, Team4 Travel, o agenție de turism cu sediul în Innsbruck, Austria, specializată în vânzarea de bilete pentru vacanțele de iarnă și cursuri de schi în Austria pentru grupuri școlare britanice, indica în broșura sa în limba engleză pentru sezonul de iarnă 2012 că diferite unități de cazare puteau fi rezervate în anumite perioade exclusiv prin intermediul serviciilor oferite de aceasta.

În realitate, respectivele unități de cazare îi garantaseră societății Team4 Travel, prin contract, o astfel de exclusivitate. În fapt, unitățile de cazare în cauză nu respectau această exclusivitate și acordau anumite cote pentru aceleași date către CHS Tour Services, o agenție de voiaj concurentă, de asemenea cu sediul în Innsbruck, aspect pe care Team4 Travel nu îl cunoștea la momentul distribuirii broșurilor sale, astfel încât nu putea fi vorba despre inducerea în eroare cu intenție a consumatorilor prin mesajul publicitar respectiv.

Agenția de turism concurentă, CHS Tour Services, considerând că declarația de exclusivitate cuprinsă în broșurile Team4 Travel încalcă interdicția practicilor neloiale, a solicitat instanțelor austriece să îi interzică societății Team4 Travel să utilizeze pentru viitor respectiva declarație. Primele doua instanțe au respins această cerere, pentru motivul că nu ar exista o practică neloială în absența intenției de inducere în eroare și că, având în vedere garanțiile de exclusivitate care îi fuseseră acordate contractual de către unitățile de cazare, Team4 Travel ar fi respectat cerințele de diligență profesională. Curtea Supremă a Austriei (Oberster Gerichtshof), împuternicită să judece recursul formulat de CHS Tour Services, observa ca informația privind exclusivitatea conținută în broșurile publicate de Team4 Travel este incorectă și înșelătoare în mod obiectiv, chiar dacă nu poate fi verificat criteriul subiectiv, al nerespectării diligenței profesionale. Îndeplinind toate celelalte criterii prevăzute în mod expres de Directiva 2005/29/CE privind practicile comerciale neloiale, această informație ar constitui, în percepția consumatorului mediu, o practică comercială înșelătoare. Având, însă, în vedere economia generală a 2005/29/CE privind practicile comerciale neloiale, instanța națională s-a întrebat în speță dacă, pentru a califica o practică comercială drept înșelătoare și interzisă, trebuie sau nu să se verifice, pe lângă aceste criterii, dacă respectiva practică este contrară cerințelor diligenței profesionale, situație care nu s-ar regăsi în speță, pentru motivul că Team4 Travel ar fi făcut ceea ce era necesar pentru a garanta contractual exclusivitatea de care s-a prevalat în broșurile sale publicitare.

Din hotărârea CJUE rezultă că, în ipoteza în care aceste caracteristici sunt îndeplinite, practica trebuie considerată înșelătoare și, prin urmare, neloială și interzisă, fără a fi necesar să se verifice dacă practica este contrară cerințelor diligenței profesionale. Prin hotărârea pronunțată în 19 septembrie 2013 în cauza C-435/11, CHS Tour Services GmbH vs. Team4 Travel GmbH, CJUE a apreciat că, în cazul în care o practică comercială îndeplinește toate criteriile enunțate în mod expres în cuprinsul Directivei 2005/29/CE care reglementează practicile înșelătoare față de consumatori, nu este necesară verificarea aspectului dacă o astfel de practică este de asemenea contrară cerințelor diligenței profesionale în sensul aceleiași directive, pentru ca aceasta să poată fi considerată ca fiind neloială. Astfel, potrivit dispoziției relevante din Directiva 2005/29/CE, caracterul înșelător al unei practici comerciale depinde numai de împrejurarea ca aceasta conține informații false sau că, în mod general, poate induce în eroare consumatorul mediu cu privire, printre altele, la natura sau la principalele caracteristici ale unui produs sau ale unui serviciu și că, prin urmare, poate să îl determine pe respectivul consumator să ia o decizie comercială pe care nu ar fi luat-o în absența unei astfel de practici.

#### **4. Poate reprezenta o practică neloidală comunicarea publicitară adresată unui singur consumator?**

Prin hotărârea pronunțată în 16 aprilie 2015, în cauza C-388/13 UPC Magyarország privind practici comerciale neloidale<sup>5</sup>, CJUE a furnizat un răspuns afirmativ la această întrebare, instanța confruntându-se cu interpretarea dispozițiilor Directivei 2005/29/CE privind practicile comerciale neloidale ale întreprinderilor de pe piața internă față de consumatori, în speță fiind vorba despre o informație eronată, furnizată de o întreprindere de telecomunicații unui abonat, care a generat costuri suplimentare pentru acesta.

Această cerere a fost formulată în cadrul unui litigiu între Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság (Autoritatea Maghiară pentru Protecția Consumatorilor), pe de o parte, și UPC Magyarország Kft. (denumită în continuare „UPC”), pe de altă parte, în legătură cu o informație eronată pe care UPC a furnizat-o unuia dintre abonații săi și care a făcut ca acesta din urmă să suporte costuri suplimentare. În luna aprilie 2010, un consumator, abonat al UPC furnizor de servicii de televiziune prin cablu, care dorea să înceteze raporturile contractuale cu respectiva societate la expirarea termenului contractual, a solicitat acesteia din urmă să îi indice perioada exactă căreia îi corespundea factura emisă în cursul anului 2010, dat fiind că această factură nu cuprindea o mențiune a acestei perioade.

Întrucât a considerat că i-a fost furnizată o informație eronată, în urma căreia consumatorul trebuia să plătească o sumă suplimentară, dl. Szabó a depus o plângere la Inspectoratul pentru Protecția Consumatorilor din cadrul serviciilor guvernamentale deconcentrate din Budapesta. Printr-o decizie din 11 iulie 2011, această autoritate a obligat UPC la plata unei amenzi pentru practică comercială neloidală față de consumatori, decizie confirmată de Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság, în calitate de autoritate de gradul al doilea. Curtea din Budapesta a reformat însă decizia respectivei autorități naționale și a anulat amenda aplicată, pe motiv că adresându-se unui singur abonat, respectiva informație falsă nu putea reprezenta o practică comercială neloidală.

Sesizată în recurs de către Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság, Curtea Supremă din Ungaria a adresat CJUE două întrebări preliminare cu privire la interpretarea Directivei 2005/29/CE privind practicile comerciale neloidale. Cu acest prilej, CJUE a statuat că dispozițiile Directivei 2005/29/CE privind practicile comerciale neloidale trebuie interpretate în sensul în care comunicarea, de către un comerciant către un consumator, a unei informații eronate precum cea în discuție în litigiul principal trebuie calificată drept „practică comercială înșelătoare”, în pofida faptului că această comunicare nu a privit decât un singur consumator.

De asemenea, Directiva 2005/29 trebuie interpretată în sensul în care, dacă o practică comercială întrunește toate criteriile enunțate în articolul 6, alineatul (1) din această directivă pentru a fi calificată drept practică înșelătoare față de consumator, nu mai este necesară verificarea aspectului dacă o astfel de practică este de asemenea contrară cerințelor diligenței profesionale în sensul articolului 5, alineatul (2) litera (a) din directiva menționată.

## **5. Cerințele evitării practicilor neloiale față de consumatori se aplică și organismelor publice?**

După ce, cu repetate prilejuri, CJUE a optat pentru o abordare flexibilă a condițiilor de existență a practicilor comerciale neloiale, centrată nu atât pe criteriul subiectiv al intenției dolosive în sine, cât pe criteriul obiectiv, al existenței unui mesaj / comunicări / acțiuni / omisiuni susceptibile să genereze pentru consumator o percepție eronată asupra condițiilor de contractare, CJUE a abordat în același spirit și întrebarea privitoare la sfera personală de aplicare a dispozițiilor Directivei 2005/29/CE, fără a exclude aplicarea acestora în cazul organismelor publice în relațiile cu consumatorii de servicii.

Prin hotărârea pronunțată în 3 octombrie 2013, în cauza C-59/12 BKK Mobil Oil Korperschaft des Offentlichen Rechts/ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV, CJUE a reținut că dispozițiile Directivei 2005/29/CE referitoare la combaterea practicilor comerciale incorecte în relațiile cu consumatorii se aplică inclusiv în cazul unui organism de drept public însărcinat cu o misiune de interes general, precum gestionarea unui sistem obligatoriu de asigurări de sănătate<sup>6</sup>.

După cum rezultă din hotărârea citată, în pofida caracterului său public și a misiunii sale de interes general, un astfel de organism trebuie considerat „comerciant” în sensul Directivei 2005/29/CE, în privința serviciilor prestate consumatorilor, astfel încât i se aplică interdicția practicilor comerciale neloiale. Putem sublinia, prin urmare, că Directiva 2005/29/CE referitoare la combaterea practicilor comerciale incorecte nu exclude în mod expres asemenea organisme din domeniul său de aplicare. De altfel, obiectivul directivei menționate, de a asigura un nivel ridicat de protecție a consumatorilor împotriva practicilor comerciale neloiale, îndeosebi împotriva mesajelor publicitare înșelătoare, presupune ca această protecție să fie asigurată independent de caracterul public sau privat al organismului în cauză, pentru același tip de serviciu (în speță, asigurări de sănătate).

În speță, CJUE a răspuns unei întrebări preliminare formulate de Bundesgerichtshof (Curtea Federală de Justiție, Germania), în contextul unui litigiu între Wettbewerbszentrale, o asociație germană de combatere a concurenței neloiale și BKK, o casă de asigurări de sănătate din sistemul public de asigurări sociale german, constituită sub forma unui organism de drept public. Informația pe care BKK o difuzase pe pagina sa de internet, în anul 2008, potrivit căreia afiliații săi ar risca dezavantaje financiare în cazul trecerii la altă casă de asigurări de sănătate constituia, după cum susținea asociația Wettbewerbszentrale, o practică înșelătoare în sensul Directivei 2005/29/CE.

## **6. Există dispense probatorii privind întrunirea elementelor, în cazul anumitor practici neloiale?**

Transpunând prevederile Directivei 2005/29/CE, legiuitorul român a enunțat în cuprinsul Anexei nr. 1 la Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii, în mod exemplificativ, iar nu exhaustiv, o serie de practici comerciale incorecte în orice situație. Faptul că practicile enumerate în Anexa nr. 1 la lege sunt considerate a fi interzise în orice context generează consecințe directe în plan probatoriu, întrucât pentru fiecare din practicile enumerate de legiuitorul european și, respectiv, de către cel național, nu

mai este necesară verificarea întrunirii elementelor caracteristice ale practicilor neloiale, a căror existență în aceste cazuri este prezumată. Ca atare, vorbim despre dispense de probațiune în ceea ce privește: (i) elementul intențional, (ii) încălcarea diligenței profesionale (ca indicator supletiv), (iii) potențialul de a deforma în mod substanțial comportamentul economic al consumatorului mediu etc.

În celelalte situații, în afara celor enumerate în Anexa nr. 1 la Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii, instanța de judecată se va servi de criteriile enumerate de legiuitor pentru a stabili caracterul neloial al unei practici comerciale. Respectarea diligenței profesionale se poate dovedi un indicator al loialității comerciantului, însă nu este decisivă, astfel cum am observat în paragrafele de mai sus în legătură cu jurisprudența recentă a CJUE, întrucât va prima criteriul obiectiv, al existenței informațiilor false ori al comportamentului de natură a induce în eroare consumatorii. Atunci când se ia în calcul diligența profesională, este util de precizat că aceasta se referă la competența și grija așteptate, în mod rezonabil, de un consumator din partea comercianților, în conformitate cu practicile corecte de piață și cu principiul general al bunei-credințe, în domeniul de activitate al acestora [conform definiției din art. 3, lit. h) din Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii<sup>7</sup>].

În jurisprudența recentă a CJUE s-a pus problema dacă o comunicare comercială adresată exclusiv altor profesioniști și care conținea informații eronate, susceptibilă să inducă destinatarul în eroare, ar putea fi calificată drept practică incorectă în termenii Directivei 2005/29/CE, în contextul în care destinatarul imediat nu este consumatorul final. Prin hotărârea pronunțată în 14 iulie 2016, în cauza C 19/15 Verband Sozialer Wettbewerb eV vs. Innova Vital GmbH<sup>8</sup>, CJUE a apreciat că este vorba despre o practică incorectă, cât timp respectiva comunicare comercială adresată altor profesioniști din domeniul sănătății nu urma să facă obiectul unor corecturi ori alterări din partea profesioniștilor destinatari, ci ar fi sfârșit prin a fi livrată consumatorilor finali ca atare, fără alte mențiuni. În speță, a fost vorba despre mențiuni nutriționale înscrise pe produsele alimentare, fiind incidente și dispozițiile Regulamentului (CE) nr. 1924/2006.

## **7. Practici comerciale înșelătoare raportate la elementele de preț**

Având o frecvență notorie în practică, practicile comerciale incorecte relative la elementele de preț au reținut atenția CJUE în jurisprudența recentă, instanța europeană apreciind în hotărârea pronunțată în 7 iulie 2016 în cauza C-476/14, că revine distribuitorilor de automobile, în raporturile cu consumatorii, obligația de a include în prețul de vânzare a unui autovehicul costurile suplimentare obligatorii legate de transportul respectivului autovehicul<sup>9</sup>.

În cauza C-476/14 Citroën Commerce GmbH împotriva Zentralvereinigung des Kraftfahrzeuggewerbes zur Aufrechterhaltung lauterer Wettbewerbs eV (ZLW), o asociație pentru apărarea concurenței loiale în sectorul automobilelor a formulat o plângere într-o instanță germană, în legătură cu un anunț publicitar pentru autovehiculele oferite spre vânzare, emis de Citroën Commerce<sup>10</sup>, în contextul în care în textul publicitar, prețul total, pe care clientul trebuia să îl plătească pentru achiziționarea unui astfel de autovehicul, nu includea și cheltuielile aferente transportului autovehiculului de la producător la vânzător.

Pornind de la percepția legitimă a consumatorului, care înțelegea în mod eronat din respectivul anunț publicitar că prețul total al autovehiculului este cel indicat ca atare, fără a anticipa că ulterior urma să se adauge un cost suplimentar de transport de la producător la distribuitor, CJUE a reținut că o astfel de practică comercială este vizibil incorectă. Astfel a fost considerată a fi nelioială maniera în care distribuitorul de autoturisme a înțeles să-și promoveze produsele prin indicarea unui „preț total” care, în realitate, nu includea *toate* elementele de preț (în speță, costurile suplimentare de transport).

Se cuvine subliniat, totodată, că o practică comercială este considerată ca fiind omisiune înșelătoare și atunci când un comerciant ascunde față de consumator sau oferă într-un mod neclar, neinteligibil, ambiguu ori în contratimp o informație esențială, de natură a influența decisiv intenția consumatorului de acceptare a ofertei (art. 7, alin. 2 din Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii).

Următoarele informații sunt considerate esențiale, după cum menționează legiuitorul în cuprinsul art. 7, alin. (3) din Legea nr. 363/2007: (a) caracteristicile principale ale produsului sau serviciului; (b) datele de identificare ale comerciantului și, în cazul în care acționează ca intermediar al altui comerciant, datele de identificare ale acestuia din urmă; (c) prețul cu toate taxele incluse, respectiv dacă prețul nu poate fi în mod rezonabil calculat în avans, ținând cont de natura produsului, modalitatea de calcul al acestuia; de asemenea, toate costurile adiționale pentru transport, livrare sau taxele poștale; (d) modalitățile de plată, livrare, executare și soluționare a reclamațiilor; (e) pentru produsele și serviciile ce implică un drept potestativ de renunțare stabilit prin dispoziții legale, menționarea existenței acestui drept și a modalității concrete de exercitare (durată, destinația la care consumatorul poate returna produsul în intervalul legal etc.).

Este important de reținut că, în cazul acuzațiilor de inexactitate, sarcina probei incumbă comercianților, care trebuie să furnizeze dovezi privind corectitudinea afirmațiilor în legătură cu practica comercială întreprinsă și care sunt obligați, la solicitarea ANPC sau a instanțelor judecătorești, să le pună acestora la dispoziție documente care să probeze cele afirmate în mesaje publicitare incriminate. În cazul în care documentele nu sunt furnizate în termenul stabilit de autoritățile competente sau dacă probele furnizate de profesionist sunt considerate insuficiente, afirmațiile în cauză vor fi calificate juridic drept inexacte, iar fapta săvârșită va reprezenta o practică nelioială, după cum rezultă din cuprinsul art. 11 din Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii).

## **8. Deformarea comportamentului economic al consumatorilor prin intermediul afirmațiilor dolosive**

Pot fi menționate ca reprezentând practici comerciale (invariabil) înșelătoare, în cazul cărora operează dispensa verificării celorlalte condiții (deformare substanțială a comportamentului economic al consumatorului, încălcarea diligenței profesionale etc.), următoarele comportamente: (a) afirmarea de către comerciant că este semnatar al unui cod de conduită, în cazul în care nu este<sup>11</sup>; (b) afișarea unui certificat, a unei mărci de calitate sau a unui echivalent fără a fi obținut autorizația necesară; (c) afirmarea că un cod de conduită a primit aprobarea unui organism public sau a unui alt organism, în cazul în care aceasta nu a fost primită; (d) afirmația falsă că un comerciant, inclusiv practicile sale comerciale, sau că un produs a fost agreat, aprobat

ori autorizat de un organism public sau privat. De asemenea, pot fi încadrate în rândul practicilor absolut dolosive, situații precum: (1) lansarea unei invitații de a cumpăra produse la un anumit preț, în cazul în care comerciantul ar putea anticipa în mod rezonabil că nu va putea să furnizeze, el însuși sau prin intermediul altui comerciant, respectivele produse la același preț, pentru perioada anunțată; (2) lansarea unei oferte de vânzare menționând un anumit preț, pentru ca ulterior, comerciantul să recurgă la fapte precum refuzul prezentării produsului care a făcut obiectul publicității, refuzul preluării comenzii privind respectivul produs sau al livrării în cadrul unui termen rezonabil<sup>12</sup>.

Totodată, caracterul neloial raportat la așteptările legitime ale consumatorilor poate fi reținut în cazul unor practici precum: (a) afirmarea falsă că un produs nu va fi disponibil decât pentru o perioadă foarte limitată de timp sau că nu va fi disponibil decât în anumite condiții, pentru o perioadă foarte limitată, în scopul obținerii unei decizii imediate și al lipirii consumatorilor de un interval de timp suficient pentru a putea face o alegere în cunoștință de cauză<sup>13</sup>; (b) prezentarea drepturilor oferite consumatorilor prin lege ca o caracteristică distinctă a ofertei comerciantului<sup>14</sup> (de exemplu, invocarea ca atu comercial în cuprinsul ofertei a faptului că, potrivit dispozițiilor legale incidente, consumatorul beneficiază de un interval de 14 zile pentru returnarea produselor achiziționate *online*); (c) utilizarea unui context editorial în *mass-media*, în vederea promovării unui produs contra cost, fără a menționa expres caracterul publicitar al prezentării<sup>15</sup> (crearea falsei impresii a consumatorului că lecturează ori vizionează / audiază o abordare științifică, iar nu publicitară).

## 9. Practici comerciale agresive

Una dintre multiplele delimitări necesare este cea între practicile comerciale dolosive (i) și cele agresive (ii). O practică comercială este considerată *agresivă* dacă, ținând cont de toate circumstanțele, limitează sau este susceptibilă să limiteze în mod semnificativ libertatea de alegere sau comportamentul consumatorului mediu cu privire la decizia de contractare, prin hărțuire, constrângere, inclusiv prin utilizarea forței fizice sau prin influența nejustificată exercitată de profesionist și, prin urmare, determină sau este susceptibilă să determine consumatorul să ia o decizie de contractare pe care altfel nu ar fi luat-o, în termenii art. 8 din Legea 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii.

De remarcat că, în practică, poate fi vorba despre un caz de *influență nejustificată*, ceea ce implică pentru profesionist „folosirea unei poziții de forță față de consumator, de manieră să exercite presiune asupra acestuia, chiar fără a recurge sau a amenința cu recurgerea la forță fizică, într-un mod care limitează semnificativ capacitatea consumatorului de a lua o decizie în cunoștință de cauză” [art. 3, lit. j) din Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii].

Pentru a determina dacă o practică comercială recurge la hărțuire, constrângere, inclusiv la forță fizică sau la influența nejustificată, se iau în considerare următoarele elemente, enumerate de legiuitor în cuprinsul art. 9 din Legea nr. 363/2007: (a) momentul, locul desfășurării, natura și / sau durata constrângerii; (b) recurgerea la amenințare, la un limbaj sau la un comportament abuziv; (c) exploatarea de către comerciant a unei situații nefericite sau a unei circumstanțe speciale, de o asemenea gravitate încât afectează raționamentul consumatorului mediu și de care comerciantul este conștient, în scopul influențării deciziei consumatorului cu



privire la respectivul produs; (d) orice obstacol oneros sau disproportionat, neprevăzut în contract, impus de comerciant, atunci când consumatorul dorește să își exercite drepturile contractuale, inclusiv dreptul de a înceta contractul sau de a schimba produsul ori de a se adresa unui alt comerciant (de exemplu, refuzul de a consemna opțiunea consumatorului de a se prevala de împlinirea termenului extinctiv pentru un contract de furnizare de servicii pe bază de abonament în respectivul punct de lucru al comerciantului, sub pretextul că încheierea contractului a avut loc într-unul din celelalte sedii ale aceluși comerciant); (e) orice amenințare cu luarea de măsuri penalizatoare, în situația în care acestea nu pot fi luate în mod legal împotriva consumatorului.

O practică comercială agresivă este considerată și aceea constând în refuzul unui comerciant *online* de a lua act de exercitarea dreptului consumatorului de retractare și returnare a produsului în termen de 14 zile, sub pretextul că ar fi posibilă doar varianta înlocuirii produsului cu un altul similar dintr-o anumită gamă (de exemplu, situația în care comerciantul *online* impune consumatorului să accepte schimbarea produsului cu o altă mărime, culoare etc., în locul rambursării prețului).

În ceea ce privește sancțiunile aplicabile, instanța de judecată, ca urmare a constatării existenței unei practici comerciale dolosive sau agresive, poate dispune, ca sancțiune principală: (a) încetarea practicilor comerciale incorecte; (b) interzicerea practicilor comerciale incorecte, dacă acestea nu au fost încă puse în practică; respectiv, ca sancțiuni complementare, (i) publicarea deciziei, integral sau parțial, în forma pe care o consideră adecvată; (ii) publicarea unui comunicat rectificator, pe cheltuiala comerciantului, cu menționarea sediului și a celorlalte date de identificare ale comerciantului, practica incorectă săvârșită, data la care a fost săvârșită, precum și măsurile sancționatorii dispuse; (iii) suspendarea activității profesionistului până la încetarea practicii comerciale incorecte.

În practică, alte cazuri de comportament comercial agresiv constau în solicitarea persistentă și nedorită a acceptării ofertei, prin intermediul telefonului, faxului, e-mailului sau al altor mijloace de comunicare la distanță adresate consumatorului, cu excepția situațiilor legitime și al măsurilor justificate, conform legislației incidente. Dispozițiile legale vizate se referă la cazurile de hărțuire comercială prin mesaje de tip *spam*, atunci când consumatorul a refuzat explicit astfel de comunicări, respectiv solicitarea persistentă și nedorită, prin intermediul telefonului, faxului, *e-mail* a răspunsului consumatorului cu privire la oferta de vânzare adresată acestuia.

## 10. Concluzii

În raporturile cu consumatorii, putem concluziona că o practică comercială este incorectă dacă sunt îndeplinite, în mod cumulativ, următoarele condiții: (a) este contrară cerințelor diligenței profesionale; (b) deformează sau este susceptibilă să deformeze în mod esențial comportamentul economic al consumatorului mediu la care ajunge sau căruia i se adresează ori al membrului mediu al unui grup, atunci când o practică comercială este adresată unui anumit grup de consumatori; (c) practicile comerciale susceptibile să deformeze în mod esențial comportamentul economic al unui „anumit grup vulnerabil de consumatori, clar identificabil, trebuie evaluate din perspectiva membrului mediu al grupului.

În situațiile enumerate în Anexa nr. 1 la Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii, legiuitorul a prezumat caracterul neloyal independent de contextul comercial concret, dată fiind prezența elementelor obiective cu caracter dolosiv sau agresiv, raportat la opțiunea consumatorului de a contracta. În aceste cazuri, pentru fiecare din practicile enumerate de legiuitorul european și, respectiv, de către cel național, nu mai este necesară verificarea întrunirii elementelor caracteristice ale practicilor neloyale, a căror existență în aceste cazuri este prezumată. În celelalte cazuri, instanța de judecată se va servi de criteriile enumerate de legiuitor pentru a stabili caracterul neloyal al unei practici comerciale.

Respectarea diligenței profesionale se poate dovedi un indicator al loialității comerciantului, însă nu este decisivă, astfel cum am observat în paragrafele de mai sus în legătură cu jurisprudența recentă a CJUE, întrucât va prima criteriul obiectiv, al existenței informațiilor false ori al comportamentului de natură a induce în eroare consumatorii. Atunci când se ia în calcul diligența profesională, este util de precizat că aceasta se referă la competența și grija așteptate, în mod rezonabil, de un consumator din partea comercianților, în conformitate cu practicile corecte de piață și cu principiul general al bunei-credințe.

În analiza practicilor comerciale înșelătoare primează criteriul obiectiv, al existenței efective a elementelor de natură să inducă în eroare consumatorii (de exemplu, existența unei declarații de exclusivitate teritorială care, deși făcută în baza unor clauze contractuale, nu era conformă realității faptice). Criteriul obiectiv al prezenței unor informații false prevalează asupra criteriului subiectiv, al existenței sau inexistenței intenției de a induce în eroare consumatorii, respectiv al neglijenței profesionale grave (încălcarea diligenței profesionale).

Putem sublinia, totodată, că Directiva 2005/29/CE referitoare la combaterea practicilor comerciale incorecte nu exclude în mod expres organismele publice prestatoare de servicii din domeniul său de aplicare. De altfel, obiectivul directivei menționate, de a asigura un nivel ridicat de protecție a consumatorilor împotriva practicilor comerciale neloyale, îndeosebi împotriva mesajelor publicitare înșelătoare, presupune ca această protecție să fie asigurată independent de caracterul public sau privat al organismului în cauză, pentru același tip de serviciu.

În fine, se cuvine menționat că, în cazul acuzațiilor de inexactitate, sarcina probei incumbă comercianților, care trebuie să furnizeze dovezi privind corectitudinea afirmațiilor în legătură cu practica comercială întreprinsă și care sunt obligați, la solicitarea ANPC sau a instanțelor judecătorești, să le pună acestora la dispoziție documente care să probeze cele afirmate în mesajele publicitare incriminate. În cazul în care documentele nu sunt furnizate în termenul stabilit de autoritățile competente sau dacă probele furnizate de profesionist sunt considerate insuficiente, afirmațiile în cauză vor fi calificate juridic drept inexacte, iar fapta săvârșită va reprezenta o practică neloyală.

\* Lect.univ.dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca, jgoicovici@yahoo.com.

- <sup>1</sup> Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor a fost publicată în M.Of. nr. 899 din 28 decembrie 2007 și reprezintă instrumentul normativ de transpunere în dreptul intern a prevederilor Directivei 2005/29/CE. Legea nr. 363/2007 a fost modificată prin Legea nr. 130/2010 pentru modificarea art. 15 alin. (1) și (2) din Legea nr. 363/2007 (M.Of. nr. 453 din 2 iulie 2010), Legea nr. 33/2015 pentru modificarea Legii nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor, precum și pentru completarea art. 32 alin. (1) din O.U.G. nr. 97/2001 privind reglementarea producției, circulației și comercializării alimentelor (M.Of. nr. 170 din 11 martie 2015) și prin Legea nr. 33/2015, respectiv prin O.G. nr. 37/2015 pentru modificarea unor acte normative din domeniul protecției consumatorilor (M.Of. nr. 654 din 28 august 2015).
- <sup>2</sup> A se consulta, cu privire la caracteristicile practicilor comerciale incorecte, J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 2015, p. 185-208 ; Y. Picod, *Droit de la consommation*, Ed. Sirey, Paris, 2015, p. 139-156; S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, Paris, 2014, p. 118 și urm; G. Raymond, *Droit de la consommation*, Litec, Paris, 2015, p. 96 și urm, J. Julien, *Droit de la consommation*, L.G.D.J., Paris, 2015, p. 211 și urm.; E. Terry, D. Voinot (coord.), *Droit européen des pratiques commerciales déloyales*, Ed. Larcier, Bruxelles, 2012, îndeosebi p. 34-89 și 115-123; N. Thirion (coord.), *Actualités en matière de pratiques du marché et protection du consommateur*, Ed. Anthemis, Bruxelles, 2011, p. 154-167.
- <sup>3</sup> A se vedea, în acest sens, S. Horneț, “Observații cu privire la trăsăturile caracteristice ale practicilor comerciale incorecte și domeniul de aplicare al Legii nr. 363/2007”, publicat online, la data de 3 mai 2012, la adresa [www.juridice.ro/199011/observatii-cu-privire-la-trasaturile-caracteristice-ale-practicilor-comerciale-incorecte-si-domeniul-de-aplicare-al-legii-nr-363-2007.html](http://www.juridice.ro/199011/observatii-cu-privire-la-trasaturile-caracteristice-ale-practicilor-comerciale-incorecte-si-domeniul-de-aplicare-al-legii-nr-363-2007.html), adresă consultată în data de 30.08.2016.
- <sup>4</sup> Textul integral al hotărârii CJUE poate fi consultat la adresa [www.curia.europa.eu-juris-liste.jsf?&num=C-435/11](http://www.curia.europa.eu-juris-liste.jsf?&num=C-435/11).
- <sup>5</sup> Textul integral al hotărârii CJUE poate fi consultat la adresa [www.curia.europa.eu-juris-liste.jsf?&num=C-388/13](http://www.curia.europa.eu-juris-liste.jsf?&num=C-388/13).
- <sup>6</sup> Textul integral al hotărârii CJUE poate fi consultat la adresa [www.curia.europa.eu-juris-liste.jsf?&num=C-59-12](http://www.curia.europa.eu-juris-liste.jsf?&num=C-59-12).
- <sup>7</sup> Din cuprinsul art. 6 din Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii rezultă că existența caracterului neloyal al unei practici comerciale se apreciază raportat la unul sau mai multe dintre următoarele elemente: (a) existența sau natura produsului; (b) principalele caracteristici ale produsului, cum ar fi: disponibilitatea, avantajele, riscurile, fabricarea, compoziția, accesoriile, asistența acordată după vânzare și instrumentarea reclamațiilor, modul și data fabricației sau prestării, livrarea, capacitatea de a corespunde scopului, utilizarea, cantitatea, specificațiile, originea geografică sau comercială, rezultatele care se pot obține din utilizarea sa, rezultatele și caracteristicile esențiale ale testelor sau controalelor efectuate asupra produsului; (c) perioada pentru care comerciantul se angajează, motivele utilizării practicii comerciale și natura desfășurării vânzării, precum și toate declarațiile sau toate simbolurile care ar induce o legătură între produs sau comerciant și o sponsorizare sau o aprobare, direct ori indirect; (d) prețul sau modul de calcul al prețului ori existența unui avantaj specific al prețului; (e) necesitatea service-ului, a unei piese separate, a înlocuirii sau a reparării; (f) natura, competențele și drepturile comerciantului sau ale reprezentantului său, cum ar fi: identitatea și patrimoniul, calificările sale, statutul, autorizarea, afilierea sau legăturile sale, drepturile de proprietate industrială, de autor sau comercială ori recompense și distincții primite; (g) drepturile consumatorului, inclusiv dreptul de a beneficia de reparare, de înlocuire sau de restituire a contravalorii ca urmare a rezoluțiunii contractului, astfel cum sunt prevăzute de Legea nr. 449/2003 privind vânzarea produselor și garanțiile asociate acestora, sau riscurile pe care consumatorul le poate întâmpina.

- <sup>8</sup> În esență, CJUE a reținut prin hotărârea pronunțată în 14 iulie 2016, în cauza C 19/15 că dispozițiile art. 1, alin. (2) din Regulamentul (CE) nr. 1924/2006 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 decembrie 2006 privind mențiunile nutriționale și de sănătate înscrise pe produsele alimentare, astfel cum a fost modificat prin Regulamentul (UE) nr. 1047/2012 al Comisiei Europene din 8 noiembrie 2012, trebuie interpretate în sensul că intră în domeniul de aplicare al acestui regulament mențiunile nutriționale sau de sănătate formulate într-o comunicare comercială cu privire la un produs alimentar care urmează să fie livrat ca atare consumatorului final, în cazul în care comunicarea respectivă este adresată nu consumatorului final, ci exclusiv unor profesioniști din domeniul sănătății. Textul integral al hotărârii CJUE poate fi consultat la adresa [www.curia.europa.eu-juris-liste.jsf?&num=C-19-15](http://www.curia.europa.eu-juris-liste.jsf?&num=C-19-15).
- <sup>9</sup> Textul integral al hotărârii CJUE poate fi consultat la adresa [www.curia.europa.eu-juris-liste.jsf?&num=C-476-14](http://www.curia.europa.eu-juris-liste.jsf?&num=C-476-14).
- <sup>10</sup> În speță, Citroën Commerce a comandat publicarea, în ediția din 30 martie 2011 a ziarului Nürnberger Nachrichten, a unui anunț publicitar referitor la un autovehicul marca Citroën care conținea următoarele mențiuni: „de exemplu, Citroën C4 VTI 120 Exclusive: 21 800 [euro]1” și „reducere de preț maximă: 6 170 [de euro]1”. Exponentul „1” făcea trimitere la următoarele indicații situate în partea de jos a acestui anunț: „preț la care se adaugă 790 [de euro] cheltuieli de transport. Ofertă destinată persoanelor fizice, valabilă pentru toate tipurile de Citroën C4 [...] comandate până la 10 aprilie 2011 [...]”. Prețul total, care includea aceste cheltuieli aferente transportului vehiculului de la producător la vânzător („Überführungskosten”) și pe care clientul trebuia să îl plătească pentru achiziționarea unui astfel de autovehicul, nu era indicat în respectivul anunț publicitar.
- <sup>11</sup> O astfel de practică este încadrată de legiuitor în rândul practicilor comerciale înșelătoare în orice circumstanță, conform pct. 1 din Anexa la Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii.
- <sup>12</sup> De exemplu, preluarea de comenzi pentru produse vestimentare care urmează să fie importate din afara spațiului U.E., ascunzând consumatorului în momentul încheierii contractului *online* faptul că produsele nu se află pe stoc și că formalitățile vamale, respectiv durata previzibilă a transportului ar putea altera grav durata medie de livrare (termenul real, ignorat de consumator, fiind de până la 40 zile).
- <sup>13</sup> Conform pct. 7 din Anexa la Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii.
- <sup>14</sup> Conform pct. 10 din Anexa la Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii.
- <sup>15</sup> A se vedea pct. 11 din Anexa la Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii.

**PROLEGOMENA LA STUDIUL GUVERNĂRII PRIN ACTUL SCRIS -  
LOCUS CREDIBILIS ȘI EVOLUȚIA CHIROGRAFELOR**

**Mihai SAFTA\***

**Abstract: Prolegomena to the study of governance through the written word - Locus credibilis and the evolution of the chirographs.** *The present study is a research of the most recent works regarding the institution known as a place of authentication in the Middle Ages. The interest for this ecclesiastical institution is a way to understand the ascending theme of government that dominates the present European society, dominance achieved by means of the written word. Starting with the 13th century the Latin Western World developed centralized institutions, in order to consolidate and bureaucratize the affairs of the crown. In the case of the medieval kingdom of Hungary, this institution, the locus credibilis, has been described erroneously as a unique institution, much as the concept of familiaritas. By means of a comparative approach we bring arguments against this idea, and encourage further studies regarding the means of implementations and reception of the medieval law.*

**Keywords:** *place of authentication, medieval governance, Transylvania, institutional particularities, medieval law.*

**Rezumat:** *Prin prezentul studiu se dorește să se prezinte instituția medievală denumită loc de adevărire (locus credibilis), de la ideile recente din istoriografie la o nouă abordare comparată. Interesul pentru această instituție ecleziastică este generat de necesitatea de a înțelege originile temei ascendente de guvernământ dominantă în prezent. Începând din secolul al XIII-lea, în Europa Occidentală se implementează instituții centralizatoare pentru a consolida și birocratiza administrația regală. În cazul regatului Ungariei medievale, această instituție, locus credibilis, este descrisă ca o instituție unică, specifică, precum este descris și conceptul de familiaritas. Printr-o abordare comparativă ne propunem să argumentăm împotriva acestei opinii eronate, introduse forțat în istoriografia instituției, dar în egală măsură să încurajăm noi studii ce privesc implementarea și receptarea dreptului medieval.*

**Cuvinte-cheie:** *drept medieval, Transilvania, locus credibilis, autentificare, guvernământ, particularități instituționale.*

## **1. Noțiuni introductive**

O instituție a regatului maghiar<sup>1</sup>, produs al secolului al XIII-lea, considerată fiind specifică dezvoltării și multiplicării documentelor scrise, este denumită *locus credibilis* (cu forma de plural *loca credibilia* în terminologia latină și *hiteleshely* în terminologia maghiară). Creșterea semnificativă de documente scrise, în special cele de tip donativ, sau transferuri de posesiune, autentificare de privilegii, confirmări ale diferitelor drepturi au creat în regatul patrimonial maghiar această instituție, numită și loc de autentificare, aparent considerată o particularitate regională.<sup>2</sup>

Aceste locuri de adeverire funcționau în interiorul unui convent, de cele mai multe ori, iar apoi au apărut și în orașe sub forma de proto-notariate. Dintre aceste convente, cele ale Ordinului Benedictin s-au distins în secolul al XIII-lea. Ordinul Benedictin a rămas, chiar și după invazia tătarilor, cel mai numeros și răspândit din regatul maghiar, cu aproximativ 50 de mănăstiri (spre începutul secolului al XIV-lea). O mare parte din aceste mănăstiri, dar și un număr redus de mănăstiri aparținând Ordinului Cistercian funcționau și ca locuri de adeverire sau *loca credibilia*. Dacă inițial erau 10 în anul 1231, numărul lor ajunge la 65, iar apoi este redus la 45 în 1351.<sup>3</sup>

*Locus credibilis* întocmea actul dorit în schimbul unei taxe, îl autentifica și era dispus să îl păstreze pentru totdeauna în sacristie. De asemenea întocmea contracte, numite mai târziu mărturie (*fassio*), consemnări de avere și hotărâciri, iar în situații deosebite și explicite întocmea copii autentificate (sub forma unui *transsumptum*) ale documentelor. De la sfârșitul secolului al XIII-lea, locul de adeverire întregea donațiile regale, primea ordinul scris pentru introducerea donatului (*statutio*), întocmea certificatul despre efectuarea donației și raportul (*relatio*) către cancelaria regală. De asemenea, pregătea actele cu privire la procese, iar reprezentanții locului de adeverire (denumiți *pristaldus*) erau solicitați ori de câte ori se întocmea o consemnare privind cercetarea unei plângeri și efectuarea citației sau audierea de martori, precum și ducerea la îndeplinire a sentinței.<sup>4</sup>

Un alt aspect important este participarea în procedurile judiciare ca martori. Începând cu secolul al XIII-lea, serviciile erau tot mai necesare în administrarea regională și locală, astfel că aproximativ 80 de astfel de instituții eclesiastice funcționau ca *loca credibilia*. Infuzată de practica instituțiilor eclesiastice, *loca credibilia* adoptă obiceiul de a păstra o copie a documentului emis, fiind atestate astfel primele registre. Ca o consecință a dezvoltării acestor registre, însoțite de un sigiliu specific autentificării, chirografele cad în desuetudine. Primul document astfel autentificat este de la 1201.<sup>5</sup> Din 1230, sigiliile devin tot mai des folosite în autentificarea documentelor, deseori aceste sigilii erauacompaniate de o inscripție ce le facilita identificarea, după sfântul patron al instituției respective. Cu certitudine putem afirma faptul ca secolul al XIII-lea, prin *loca credibilia*, precum și cronicile compuse despre istoria regatului (i.e. Gesta Hunorum et Hungarorum al lui Simon of Kéza și Cronica pictată de la Viena) și prezența nobililor străini, pornește o schimbare esențială în dezvoltarea actului scris și a centralizării autorității regale, subminând chirografele și contractele private medievale dezvoltate după *stipulatio* din dreptul roman clasic.

Terminologia romană a fost introdusă în sfera dreptului cutumiar prin două filoane. Primul și poate cel mai important, în ceea ce privește numărul de documente scrise și stereotipuri de documente, reprezintă instituțiile eclesiastice. Acestea au fost implicat încă de la primele atestări ale regatului maghiar în administrația sa, transformând plângeri orale în acțiuni scrise și evenimente judiciare în fapte legale. Cel mai comun instrument era *litterae relatoriae*, scrisoarea de raport, ce comunica într-o manieră schematică mărturiile oculare ale clericilor în administrarea legii. Intenția era de a stabili o uniformitate a limbajului și a practicii de procedură juridică. Această funcție de omogenizare a fost îndeplinită de mănăstiri și capitluri, ce îndeplineau rolul dual de locuri de autentificare.<sup>6</sup>

Al doilea filon, a fost reprezentat de instrucția populației sub patronajul Bisericii, cu scopul de a promova actul scris, prin persoane educate în universități din Europa medievală, purtători ai titlului de *magister*. Acești învățați, provenind fie din mediul laic sau eclesiastic, au suferit o serie de modificări în ceea ce privește scopul, în acest sens ei au trecut treptat în folosul societății laice, au activat la curia regală, sau la curiile regionale mai mici, diseminând informațiile

și stilionarele de acte deprinse în universitățile vizitate, contribuind în spațiul studiat de noi la evoluția paralelă a termenilor de *magister* și *litteratus*. Marea majoritate a documentelor privitoare la spațiul transilvănean, utilizează destul de des substantivul de *magister*, cu accepțiuni largite. Dintre cei care frecventau universitățile din Europa medievală a secolului al XIII-lea, în perioada 1240-1260, și-au însușit un stil de scriere specific, ce permitea un ritm mai accelerat de producție, sau mai bine spus de întocmire și emitere de acte sau documente. Acest tip de scriere era numit scriere magistrală, iar promotorii ei purtau titlul de magistru.<sup>7</sup>

Principalul sens al termenului de *magister*<sup>8</sup> este de comandant, mai marele peste ceva, fără a sugera în mod direct o anumită educație, putând eventual să o presupună. Sensul acesta este regăsit în privilegiile solemne emise de cancelaria regală de la sfârșitul secolului al XII-lea. La 1198 mai marele peste îngrijitorii odăilor regelui este denumit *magister cubicularium*, iar după anul 1220, lista celor ce poartă titlul de *magister* este mult mai extinsă: marele vistier (*magister tavernicorum*), marele stolnic (*magister dapiferorum*), marele paharnic (*magister pincernarum*), marele comis (*magister agazonum*), marele ușier (*magister ianitorum*), precum și alți mari demnitari din categoria baronilor aflați în slujba reginei și/sau a regelui. În secolul al XIV-lea, printre personajele purtătoare a titlului de magistru amintim notari, protonotari, judele curții regale (*judex curie regis*) și palatinul regatului (*palatinus regni Hungarie*). Fără a face parte din categoria baronilor, actele consemnează calitatea de magistru pentru unii membrii ai cancelariei regale: cancelarul curții, vicescancelarul, notarul special al curții regelui, judele curții reginei și al judele curții regelui, iar începând cu secolul al XV-lea avem tot mai multe exemple de protonotari ai cancelariei regale.<sup>9</sup>

Instituția considerată unică pe teritoriul regatului patrimonial maghiar, în pofida rolului dual îndeplinit, era considerată mai mult decât un simplu *scriptoria*, un centru de copiere. Pe lângă rolul desfășurat în furnizarea martorilor, verificarea și autorizarea diferitelor tranzacții, precum și întocmirea de documente, de titluri de posesiune, *locus credibilis* îndeplinea funcția vitală de a debarasa guvernământul regal, preluând diferite sarcini administrative în numele regelui și/sau a principalilor săi agenți. Fundamentul acestei instituții se regăsește în decretul papei Alexandru al III, din 1166, ce prevede condiția conform căreia, după decesul martorilor, sunt considerate valide doar acele documente ce au fost întocmite de notarii publici (*manu publica*), sau cele ce purtau un sigiliu al autenticității.<sup>10</sup>

În ceea ce privește capitlurile și conventurile ce îndeplineau și funcția de *locus credibilis*, locuri de adevărire, emitente de acte, unele cu drept de pecete autentică, acestea aveau în componență personal calificat, inițiat în practicile juridice. O puternică dovadă în acest sens sunt prevederile sinodului de la Buda, din anul 1279. Arhidiaconi erau obligați să aibă cunoștințe temeinice de drept canonic, dar și cutumiar, aveau drept de judecată în probleme de căsătorii și purtau frecvent titlul de magistru.<sup>11</sup>

Există cazuri în care mulți oameni dintr-un capitlu au purtat titlul de magistru, iar unii pe lângă acesta au avut și titlu de doctor în drept canonic. Titlul de *magister* este considerat un titlu academic, ce reflectă nivelul de educație, unii dintre aceștia au devenit renumiți prin cronicile sau însemnările lor, precum magistru Rogerius, canonic la Oradea, ce întocmește la Sopron în 1243, cub numele de *Carmen miserabile super destructione regni Hungariae per Tartaros facta*, iar un alt exemplu memorabil este magistru Ioan, arhidiacon de Târnava, din biserica Transilvaniei, cronicar oficial al regelui Ludovic I.<sup>12</sup>

## 2. Origine, funcționalitate și atribuții

Începând cu secolul al XIII-lea, prin domnia lui Andrei al II-lea și noile sale instituții implementate, denumite *novae institutiones*, reprezentând donații extensive de pământ credincioșilor săi, donații considerate cu caracter perpetuu și ereditar. Această politică aparent risipitoare avea scopul de a stabili relațiile cu nobilii, *marii înzestrați*, care au primit pământuri în felul acesta. În anul 1217, pentru marii demnitari ai regatului apare un nou nume colectiv, acela de baroni (*barones*), care s-a asimilat repede și s-a transmis până la sfârșitul Evului Mediu. Dacă până în secolul al XI-lea se foloseau denumiri precum comite, sau iobag în secolul al XII-lea, din secolul al XIII-lea regele îi numește în documente baroni, aleși mereu din nobilime, sau dintre membrii celor mai alese clanuri. În a doua jumătate a secolului al XIII-lea, constatăm înmulțirea rapidă a documentelor scrise. În parte, aceasta se explică prin necesitățile guvernării, dar mai mult a fost o urmare a pretențiilor crescânde ale nobilimii. Dacă inițiativa poate fi urmărită până la cancelaria lui Andrei al II-lea, prin obiceiul de a cuprinde în scris acte ale donațiilor regale și a sentințelor judecătorești, apogeul este atins sub cancelaria și implicit domnia lui Ludovic Cel Mare.

Pe parcursul secolului al XIII-lea, diplomatica de la curte și cancelaria regală au fost completate de o instituție considerată de mulți istorici drept o instituție specific maghiară, numită *locus credibilis*, sau locul de adevărire. Aceasta era o instituție ecleziastică (reprezentată prin capitluri episcopale sau mănăstirești), care presta servicii de autentificare, pentru lumea laică, dar activau și în administrația publică. Primele demersuri de a crea această instituție, le regăsim în secolul al XI-lea, când exista obiceiul de a depune jurământ în fața capitlurilor, precursor al judecății lui Dumnezeu. Cel mai important și detaliat registru despre aceste procese, este cel de la Oradea (*Regestrum Varadinense*), cu procesele verbale a 389 de cazuri juridice prezentate capitlului din Oradea, între anii 1208-1235.<sup>13</sup>

Între anii 1250 și 1330, centralizarea aparatului birocratic ecleziastic, precum și extinderea aparatului administrativ al Bisericii au afectat fundamental producerea de documente scrise din tot spațiul Europei medievale, sau mai bine spus a spațiului delimitat de conceptul *Christianitas*. Această dezvoltare instituțională își atinge apexul în momentul începerii așa numitului "exil al papalității", anume mutarea la curtea de la Avignon. În calitate de emitent de documente, Biserica, producea din acest moment documente cu caracter legal, fiscal și administrativ superioare oricăror variații cutumiare, fie locale sau generale. Nevoia de a crea documente și de a le păstra copii în arhive s-a născut, după cum consideră uni istorici<sup>14</sup>, din nevoia de a păstra însemnări privitoare la finanțele, diplomația și posesiunile Sfântului Scaun, dau și note asupra privilegiilor date, sau a privilegiilor regale primite.

Practica scrisului, reconsiderarea în epocă a sistemului de valori culturale și sociale, respectiv promovarea unei noi atitudini față de educație și cultura scrisă, sunt discutate recent<sup>15</sup> și descrise astfel: "Ca urmare a acestor schimbări, s-a ajuns treptat ca noblețea înăscută să fie completată de una nouă, dobândită prin instrucție"<sup>16</sup>. Este interesant de urmat această idee, în contextul în care "nobilimea de robă", era demult afirmată ca o concurent direct al nobilimii înăscute, iar majoritatea celor denumiți ca o nobilime nouă, instruită făceau parte din lumea clericilor. Procesul de alfabetizare, sau de predispoziție pentru actul scris a avut loc într-o societate marcată de numărul mare al neștiutorilor de carte, iar astfel s-a ajuns ca scrisul să fie investit cu o valoare simbolică și sacră, după cum rezultă din preambulul multor acte. De aici prestigiul și puterea scrierii, numărul tot mai mare al celor care înțeleg să profite de



avantajele sale, ajungând să promoveze un nou tip de comunicare, să se bucure de prețuirea celor din jur și să beneficieze chiar de ascensiune socială.<sup>17</sup> Societatea era însă privită din punctul de vedere al canonicilor și/sau al fraților care se considerau *literatus*, în virtutea cunoștințelor de limba latină și greacă, oricine nu stăpânea aceste două limbi era considerat *aliteratus*, analfabet, ignorant, laic.

Un aspect important al cercetării noastre se regăsește în schimbările impuse de al patrulea Conciliul de la Lateran (1215), ce a stimulat în majoritatea monarhiilor medievale (în teritoriile cunoscute azi sub numele de Spania, Anglia, Franța, Sicilia, Ungaria, Danemarca, etc) o predispoziție spre actul scris. Începutul secolului al XIII-lea a reprezentat perioada marilor legiferări, perioadă fertilă pentru a crea așa numitele constituții medievale, considerate ca fiind germenii constituțiilor moderne.

În continuare vom analiza câteva caracteristici ale unor instituții similare cu *loca credibilia*, instituții care deși diferite ca nume, se regăsesc funcțional în modelul descris de așa zisa instituție specifică a regatului maghiar. Folosința sigiliului, ca și un prim element în autentificarea unui documente era o practică aproape unitară, începând cu documentele emise de cancelaria papală și până la cel mai mic emitent de documente. Sigiliul garanta nu doar veridicitatea unui document, dar îi conferea puterea de a suplini documentul original, extrem de prețios, cu valoare probatorie și de obicei cu o vechime considerabilă, păstrat ca o moștenire din tată în fiu. Vechimea originalului îl făcea greu de transportat și prezentat în diferite tranzacții sau instanțe din diferite zone ale regatului. Condiția sa degradată datorită vechimii, și precaritatea unei călătorii, făcea copia autentificată prin sigiliul instituției emitente să suplinească originalul în totalitate, din punct de vedere juridic și să ofere o alternativă riscului de a pierde originalul.

O alternativă a sigiliului însă, devine folosința proto-notarilor. Aceștia acționau într-un sistem binar dezvoltat în Anglia, unde notarii funcționau în general doar în sfera eclesiastică.<sup>18</sup> Originea acestui sistem nu poate fi însă atribuită spațiului britanic, după cum reiese din alte instituții similare dezvoltate în zone logistic imposibil de influențat pe perioade scurte de timp. Semnul distinctiv al acestora notari oferea o formă alternativă sau adițională de coroborare. Funcția notarului era aceea de martor, prin prezența, el a fost martor și a transcris evenimentele derulate, ori a văzut documentul după care a întocmit copia. Modificările survenite documentelor erau supravegheate îndeaproape de notar. Erau folosiți de asemenea în rezolvarea litigiilor inter-clericale, să producă copii legalizate de documente și să suplimenteze personalul curții. Această ultimă atribuție a fost stimulată de decretele Conciliului de la Lateran IV.

Interesant însă este faptul că, documentele autentificate de notari, nu erau în general considerate probatorii și acceptate de *common law*. Notarii englezi, erau majoritatea clerici, ce aveau un statut dependent de granturi papale sau imperiale. În ceea ce privește folosința martorilor oculari, aceștia erau mereu superiori documentelor întocmite de notari, spre exemplu mărturia oral era preferată dovezilor scrise. Ordinele verbale rămâneau pivotul administrării episcopale.<sup>19</sup>

Studii privitoare la ceea ce am putea numi alfabetizarea juridică, sau practica întocmirii de documente cu caracter legal, au început să înflorească după a doua jumătate a secolului al XI-lea, semnalând totodată diferența între instrumente sigilate și nesigilate. Astfel că, în contrast cu zona Mării Mediterane, în Anglia și în zone din nordul Franței, noi vehicule ale alfabetizării juridice au fost create de nevoile astringente ale aparatului administrativ axat tot mai mult pe omogenitate și control. Aceste noi vehicule ale alfabetizării sunt în mare

măsură similară, dacă nu în denumire, cu siguranță în atribuții și funcționalitate. În ce privește cazul Angliei, până în ani 1250, se pare că nu existau ceea ce am numi azi, notari publici, iar în consecință la Conciliul de la Londra din 1237, Otto, legatul papal, a sporit numărul de instituții, printre ele fiind și capitluri (*chapter houses*) și conventuri, a căror sigiliu era considerat autentic.<sup>20</sup>

Un demers asemănător asupra căruia ne vom concentra într-un alt capitol este delegația legatului papal Filip de Fermo și consecințele Conciliului de la Buda din 1279. Revenind însă la exemple de instituții similare cu *loca credibilia* din spațiul regatului maghiar, avem cazul Franței, unde sigiliu papei, a regelui și a diferitelor case monahale, sau persoane cu competențe judiciare, erau considerate autentice în virtutea preceptelor de drept canonic. Cazul Germaniei este ușor diferit, toate documentele sigilate păstrând calitatea de *fides plenaria*.<sup>21</sup>

Interesante sunt însă diferențele semnalate privitoare la acei *officiates* din Franța, ce emiteau documentele în nume propriu, pe când în Ungaria, capitlurile publicau documente ca și corporații. *Officiales* administrau doar chestiuni legale private, în timp ce *loca credibilia*, prin natura și suportul său ecleziastic, administra și nevoile curiei regale.<sup>22</sup>

Începuturile alfabetizării juridice, în spațiul regatului maghiar, pot fi regăsite în secolul al unsprezecelea. În pofida faptului că majoritatea documentelor atribuite Sfântului Ștefan sunt de o proveniență dubioasă, (din cele 10 documente, șase sunt dovedite a fi falsuri, iar celelalte sunt interpolate și reformulate în cursul secolelor), curtea regală a atras mulți învățați din Germania, iar numărul de documente emise a crescut încet odată cu scurgerea secolului al XI-lea. Interesul și respectul pentru documentul scris sunt dovedite în timpul domniei regelui Ladislau I (1077-95), precum și în canoanele Consiliului de la Esztergom, publicate în jurul anului 1100.<sup>23</sup>

Majoritatea documentelor emise între secolele XI-XII, au fost comandate de către cel puțin una dintre părțile implicate. Nevoia de a avea drepturile, privilegiile și obligațiile confirmate în scris sunt conforme cu normele celorlalte regate din Europa medievală. Existau și documente redactate de scribii cancelariei regale, iar o caracteristică fundamentală a acestor documente este faptul că autenticitatea lor se regăsea în autoritatea sigiliului atașat, sigiliu ce reprezenta persoana regelui. Chiar dacă practica scrierii, a marcat o schimbare esențială în administrarea regatului, iar garantarea unor drepturi prin documentul scris, este considerată "un mijloc credibil de a comunica mai ales la distanță, de a dispune în mod rațional de cele dorite, neexistând presiunea timpului"<sup>24</sup>, iar "actul scris a devenit instrumentul prin care trecutul a fost legat de prezent fără distorsionarea generată de factorul uman"<sup>25</sup>, numărul mare de agenți ai conventurilor sau a mănăstirilor ce îndeplineau expedițiile de a aduna probe și de a servi drept martori în diferite procese, precum și numeroasele cazuri de corupție a *pristaldus*-ului de la început de secol XIII, pun accent tocmai pe factorul uman prezent în actul scris, sau mai bine spus în realizarea actului scris. În ce privește actul scris ca probă irefutabilă, cel puțin pentru secolele XII-XIII, mărturia orală avea mereu autoritate în fața actului scris.

O dezvoltare instituțională asemănătoare regăsim și în zone regatului Franței, în orașul Metz<sup>26</sup>, unde printr-un act al episcopului Bertrand este creată în 1197 o instituție dedicată conservării documentului sau actului scris, a dovezii scrise și utilizarea acesteia în caz de nevoie. Nimeni nu putea contesta puterea conferită de acest act scris unei tranzacții, promisiuni, a unui jurământ etc. Această valoare, poate chiar autoritate conferită documentului sau actului scris era contrată în epocă, o perioadă în care oralul era superior scrisului. Arhivele, mai bine spus locurile de păstrare a documentelor, locuri unde erau păzite și întreținute actele,

purtau denumirea de *amans*, reprezentând un proces de organizare juridică și organizare cutumiară citadină, specifică<sup>27</sup> nu doar orașului Metz, după cum vom vedea, ci și în restul spațiului geografic denumit generic azi Europa Centrală, cunoscut în perioada studiată ca inima creștinătății, suprapusă teritorial fostului Imperiu Carolingian. În secolul al XII-lea, prin intensificarea activității economice, dovada testimonială a fost asistată de aceste locuri de consemnări, ratificată fie de principalul magistrat al orașului, sau delegați ai acestuia, fie de către burghezi sau oficiali desemnați de acesta. Acest impuls dat actului scris a contribuit esențial la primatul său în raport cu mărturia orală.<sup>28</sup>

Un alt oraș, ce a servit cel mai probabil ca sursă primară a influențelor aduse de episcopul Bertrand în orașul Metz, a fost Köln (sau Colonia). Procedul de păstrare a actelor aici era deja bine elaborat: *"A Cologne, on combina les deux procédés en enregistrant les actes sur de petits rouleaux, puis sur des feuilles pliées ou sur des registres qu'on gardait enfermés dans des coffres {scrinea, Schreine} équivalents de Y « arche » messine et de la « ferme » ou de Y « écriv » des villes flamandes. Partout, ce meuble, au terme de l'évolution considérée, était réputé locus credibilis. Il suffisait qu'un document y fût trouvé pour qu'on le regardât comme authentique, quelle que fût sa forme. (Pour éviter les fraudes, l'accès du meuble était en général réservé aux échevins ou à certains officiers)."*

Acest loc de autentificare, denumit în același mod, *locus credibilis*, îl regăsim și pe teritoriul regatului patrimonial maghiar, dar și în discursul istoriografic ce îl consideră o instituție specifică regatului maghiar. Un studiu comparativ ne permite să vedem și să prezentăm această instituție într-un cadru universal, catolic, ca o instituție specifică secolului al XIII-lea comună multor regiuni aflate sub patronajul Bisericii, implicit în patrimoniul Sfântului Petru. În cazul orașelor Metz și Köln cei desemnați să administreze *mixtum imperium* sau *basse-justice*, *low justice*, erau o parte din congregația diecezei sub care se regăsea zona de interes, iar spre sfârșitul secolului al XII-lea erau organizați într-o comunitate particulară, *Sondergemeinde*, cu trezoreri și *officiales* denumiți *amans*. Cronicile îi descriu pe acești amani ca oameni instruiți, experți în drept profan și canonic. O astfel de specializare, în ambele drepturi, *utrumque ius*, reprezintă cel mai înalt standard al unei pregătiri de excelență.

Dacă până în jurul anului 1230, aceste însemnări păstrate de *amans* aveau doar o funcție mnemonică, începând cu anul 1230, ei încep să se implice în procedura judiciară: *"des amans attestent en justice non pas la formation du contrat lui-même, mais l'existence dans le coffre d'une notice à son sujet. Dès lors et jusqu'au xive siècle, leurs dépositions se réfèrent tantôt à leur souvenir de l'acte juridique, tantôt à une inscription au registre du coffre, pour finir par ne plus concerner que le registre"*<sup>29</sup>.

Cancelaria regală din Ungaria, s-a inspirat, cel mai probabil din aparatul instituțional și birocratic al cancelariei papale, precum și din alte cancelarii europene (preponderent imperiale) și a fost imitată în timp, la alte dimensiuni, de structurile administrative create în teritoriu, printre care și în spațiul Transilvaniei voievodale. Limba latină utilizată în scrierile acestor cancelarii medievale a fost limba latină vulgară (*sermo vulgaris*) diferită de latina clasică. O posibilă particularitate ar putea fi faptul că "limba latină clasică a fost îmbogățită prin scrierea medievală cu accepțiuni și sensuri noi alături de care și-au făcut loc, pe alocuri, și cuvinte din limbile vorbite (*vulgariter dictum*)"<sup>30</sup>. Impulsul final<sup>31</sup>, care a adus în prim plan locurile de autentificare, a fost reforma cancelariei regale introduse de regele Bela al III-lea (1173-1196). În timpul domniei lui Béla, beneficiarii au încetat să fie responsabili pentru întocmirea documentului

de înregistrare a tranzacțiilor; această sarcină a fost în schimb repartizată către funcționarii cancelariei regale. Bela III a fost cel mai probabil influențat de modelele din Europa de Vest, parțial francez și, într-o anumită măsură englez, dar nu există nici un acord cu privire la acest punct. László Mezey, de exemplu, a subliniat faptul că educația în domeniul juridic privat francez a înflorit numai după 1220-1230 și, prin urmare, nu ar fi putut influența reforma lui Béla al III. În schimb, Mezey consideră identificarea originii reformelor lui Bela la curtea împăratului Manuel. După afirmația lui Mezey, influențele se pare ca au fost din sfera Imperiului Roman de Răsărit: "It may well be that the 'pragmatic literacy' introduced by Béla's uncle, Manuel I, served as an inspiration, especially in respect of the formal establishment in Byzantium at this time of defined vehicles and instruments of authenticity (*demosiosis*)"<sup>32</sup>.

Alți istorici consideră că locurile de adevărire au evoluat din oficiul de *pristaldus* și rolul jucat de capitluri în administrarea probei de foc.<sup>33</sup> Importanța acestor *pristaldi* care acționează ca un înscris viu al tranzacțiilor a fost redus prin decretul papei Alexandru III, act prin care după moartea martorilor, toate celelalte instrumente, cu excepția documentelor sigilate, și-au pierdut valabilitate. Mai mult, acești executorii judecătorești au fost deseori mituiți de către părțile implicate. Reînnoirea Bula de aur în 1231 a reglementat și a restricționat rolul *pristaldi*-lor, întrucât articolul 21 stabilit, "pentru că mulți oameni suferă un prejudiciu de executorii judecătorești false, citațiile sau mărturiile lor nu sunt valabile fără mărturia episcopului eparhial sau a capitlului"<sup>34</sup>.

Această dispoziție a Bulei de Aur din 1231 asistată în mod incontestabil la procesul de dezvoltare a locurilor de autentificare. Cu toate acestea, o influență la fel de importantă a fost procesul probei de foc. Calvarul a fost "o metodă medievală de dovezi legale, bazată pe credința în intervenția divină directă în stabilirea vinovăției; acuzatul era obligat să poarte un fier încins pentru o distanță definită sau trebuia să pună mâna în apă caldă, și era considerat inocent dacă el/ea rămâne nevătămat/ă"<sup>35</sup>. Activitatea de stabilire a vinovăției sau nevinovăției a fost supravegheată de către instituțiile desemnate de Biserică. Ca o consecință, instituțiile ecleziastice au fost investite cu o autoritate în determinarea probei ce a servit drept bază pentru acumularea lor ulterioară a unei *fides plenaria*. Cu toate acestea, în secolul al XIII-lea, martorii (*testes*) la o tranzacție au acționat ca principal mijloc de probă și aceștia puteau fi ulterior chemați să spună ce și-au amintit. Ca atare, martorii au fost numiți individual și specificat dacă erau *presente* sau *presentibus* în eschatocolul documentului.<sup>36</sup>

Originea locului de adevărire poate fi atribuită activității cancelariei regale, ce servea drept model, dar poate fi atribuită și dezvoltării judiciare și a probei focului. În egală măsură, ea poate fi reprezentată de dezvoltarea și utilizarea sigiliului autentic, *sigillum authenticum*, ce avea autenticitate deplină, *fides plenaria*.<sup>37</sup> O particularitate a sigiliilor, referitoare la autoritatea unui sigiliu, este faptul că în regatul patrimonial maghiar, sigiliul emitentului nu era considerat autentic în ce privește propriile documente. Altfel spus, locurile de adevărire apelau unele la celelalte pentru a-și consemna și înregistra diferitele tranzacții legitime.

Dintre primele locuri de adevărire amintim, capitlurile din Veszprém în 1181, Székesfehérvár în 1184, Buda în 1211 și Arad în 1221.<sup>38</sup> "Cele mai productive locuri de adevărire au fost Capitlul bisericii Transilvaniei din Alba Iulia și Capitlul din Oradea, urmate la o distanță apreciabilă de Conventul din Cluj- Mănăstur, capitlurile din Cenad și Arad"<sup>39</sup>. Până în secolul al XIV-lea, pe teritoriul Ungariei, funcționau aproximativ 70 de astfel de instituții, iar în perioada imediat următoare, sub dinastia de Anjou, locurile de adevărire acopereau tot regatul.

Ca un prim rezultat al dezvoltării și consolidării acestor instituții, "înregistrarea scrisă" a înlocuit "memoria", până cel târziu în ultima treime a secolului al XIII-lea. Instanțele ecleziastice nu acordau recunoaștere deplină unor documente emise de *loca credibilia*, iar acest fapt a deschis calea pentru primii notarii publici care apar în Ungaria. Spre deosebire de locurile de autentificare, notarii publici au avut un rol mult mai redus și competența acestora a fost limitată în mare măsură în sfera dreptului canonic. Desigur, au existat multe cazuri de întrepătrunderi a sferelor de jurisdicție, de exemplu, procese referitoare la proprietatea funciară, precum și alte cazuri de acest tip au fost de obicei "redirecționate" la curțile seculare. Autoritatea regală, este prin definiție subordonată în "lumea catolică a regatului Ungariei"<sup>40</sup> autorității Bisericii Catolice, astfel că nu putem admite ideea unei supremații a autorității Sfântului Scaun abia spre secolele XIII-XIV. O altă eroare terminologică, apare în considerarea „sferei laicului” externă ”domeniului specific al religiei”,<sup>41</sup>.

Locurile de adevărire au proliferat, până în anul 1351, când regele Ludovic I, a retras sigiliile caselor mai mici ce acționau ca *loca credibilia* numite *conventus minuti*: " *Since the owners of proprietary churches and monasteries were able (or so it was alleged) to influence the business of record-keeping, King Louis I (1342-1382) ordered in 1351 that the seals of the smaller religious houses be withdrawn and broken*"<sup>42</sup>. Procesul de reducere, sau mai bine spus de a restricționa și centraliza emiterea de documente, a fost terminată în 1353. Ca o consecință directă, de la mijlocul secolului al XIV-lea, mai multe unități ecleziastice au încetat activitatea ca *credibilitate locală* în timp ce capitlurile din Székesfehérvár și Óbuda, capitlul bosniac, comandamentul cavalerilor Ioaniți din Székesfehérvár - au primit o autoritate la nivel de țară (înțelegem aici regat, în accepțiune termenului latin de *terra*) să emită documente în ceea ce privește tranzacțiile private.

Dintre cei ce au studiat la universitățile din Europa medievală, unii au adus cu ei și modelul (*formularium, formularius*) unor acte pe care au învățat să le întocmească. "Acestea au fost apoi utilizate în practica scrierii la revenire. Cancelariile regale, ale locurilor de adevărire, ale voievodului, palatinului, etc. și-au constituit colecții de modele ale unor tipuri de acte mai des utilizate, ba uneori, chiar un act întocmit a rămas ca și model pentru redactarea altora. Utilizarea stilionarelor în diverse cancelarii nu a generat însă, în mod obligatoriu, o stereotipie a documentelor emise. Modelul a servit la folosirea exactă și corectă a formulelor de adresă, salut, de respectare a caracteristicilor genurilor de acte, a formulelor juridice specifice subiectului conținut"<sup>43</sup>.

Unele acte emise de cancelariile din secolele XII-XIV au elemente influențate de stilionare, dar sunt departe de a putea fi catalogate ca șabloane. Majoritatea acestor documente "au respectat însă o anumită structură a documentului caracteristică de altfel tuturor actelor emise din cancelariile europene: Protocolul inițial sau *Protocollum* (cu invocația, intitularea, inscripția sau adresa, salutația), Textul sau Contextul (cu preambulul sau *arrega*, notificația sau *promulgatio*, expoziția sau *narratio*, dispoziția, sancțiunea, coroborația), Protocolul final sau *Eschatocollum* (cu data, apreciația, urarea finală, subscripția)"<sup>44</sup>.

### 3. Categoriile de documente emise de locurile de adevărire

Emiterea de documente considerate interne sau externe, reprezintă activitatea principală aferentă acestei prezentări a locurilor de adevărire (*loca credibilia*). În acest sens, există 3 tipuri de documente create după stilionarele instituției. Primul tip de document se numea *litterae fassionale* și reprezintă tranzacții private, jurăminte, diviziune a proprietății sau

alienare a drepturilor de posesiune. Al doilea tip reprezintă publicarea documentelor numite *litterae relationales*, ce reprezentau rapoarte ale activității și administrării procedurilor din afara instanței, trimise la instanța superioară. Al treilea și ultimul tip de documente, este reprezentat de *litterae transcriptionales*, transcrierea de acte sau scrisori adevărate, cu scopul de a crește siguranța tranzacției, angajamentului, etc. păstrând o copie în arhivele instituției. În ceea ce privește caracterul formal, se pot distinge din nou trei tipuri: *litterae privilegiales*, *patentes* și *clausae*. Structura generală a acestor formulare păstrează structura standardizată secolului al XII-lea, fiind împărțite în trei părți principale, *protocollum*, *contextus* și *eschatocollum*. La rândul lor acestea se împart astfel: *protocollum* cuprinde *intitulaio*, *inscriptio* și *salutatio*; *contextus* cuprinde *arenga*, *promulgatio*, *narratio*, *dispositio*, *clausulae*, *sanctio* și *corroboratio*; *eschatocollum* cuprinde părțile de final și elementele de datare ale unui document: *datatio* (*datum* sau *actum*) și *series dignitatum sor testes*. Principalele diferențe în redactarea documentelor amintite mai sus, anume *litterae privilegiales*, *patentes* și *clausae* se regăsesc în lipsa sau prezența a diferitelor elemente din structura prezentată în paragraful anterior.

Astfel avem prima categorie de documente, *litterae privilegiales* ce cuprinde toate elementele formularului. A doua categorie, *litterae patentes*, nu cuprinde *inscriptio* și *salutatio* în *protocollum*, nu cuprinde *corroboratio* în *contextus* și nu folosește *series dignitatum sor testes* în *eschatocollum*. A treia și ultima categorie de documente emise, *litterae clausae*, adaugă două elemente în *protocollum*, anume *relatio- address* și *relatio-salutatio*. În *contextus* nu regăsim *arenga* și *corroboratio*, iar în *eschatocollum* nu se folosește *series dignitatum sor testes*, la fel ca și în *litterae patentes*. O altă caracteristică a documentelor emise de locurile de adevărire, se referă la materialele subiacente, pergament, hârtie și la scris, simboluri grafice, ornamente, precum și sigiliul. Scribii (sau *notarii*) erau supravegheați de *lector* (al capitolului) și de *custode* (al priorilor), pentru a fluidiza și asigura o redactare și o emitere conform cerințelor și respectând normele legale. Munca lor era ușurat de modele de documente după care lucrau, iar ulterior de formulare tip (stilionare) ce conțineau tipare pentru diferitele forme de acte.<sup>45</sup>

Activitatea "externă" a locurilor de autentificare includea o călătorie de inspecție a limitelor (*reambulatio*), instituirea de noi proprietari pentru imobile (*statutio, introductio*), înregistrarea ultimelor voințe la domiciliu, redactarea de testamente, și desfășurarea de anchete (fie *inquisitio simplex* sau *inquisitio communis*). Procedura în ceea ce privește această afacere "în afara instanței", a început, fie în imediata vecinătate a locului de autentificare sau înaintea unui sau a mai mulți dintre membrii săi și a fost realizată în cea mai mare parte pe cale orală. În cazul mandatelor primite de la curia sau de un judecător regal prin care se dispune o *reambulatio, statutio* sau *inquisitio*, oficialul desemnat competent, deschidea scrisoarea de instruire și o citea cu voce tare în fața clericilor sau fraților. În cele mai multe cazuri, un canonic sau frate a fost apoi trimis la proprietate sau la locul numit în mandat, pentru a realiza lucrarea la fața locului (el era însoțit de obicei acolo de un executor regal sau *homo regius*).

De la mijlocul secolului al XIV-lea, a devenit o regulă generală, pentru scribii care au întocmit documentul, de a numi canonicul care a fost desemnat pentru a efectua aceste servicii externe și de a oferi o indicație a rangului său. Membrii ai *loca credibilia* trimiși să se ocupe de aceste afaceri externe, canonicul sau fratele, erau instruiți în cutumele regionale (*consuetudo terrae*) și cutumele regale (*consuetudo regni*), indiferent de originea sau limba lor

maternă. După ce a terminat sarcina primită, canonicul sau fratele revenea la capitlul sau convent și prezenta un raport oral.

Acest lucru a fost ulterior inclus în scrisoarea de relatare, care a fost trimisă înapoi la curie sau la judecător. Scrisoarea de relatare presupunea că un *statutio* sau *reambulatio* au fost efectuate sau în cazul în care a fost contestată, a dat detaliile necesare. În cazul unei anchete, scrisoarea de relatare rezuma probele care au fost prelevate din locul respectiv. În unele cazuri, locurile de adevărire emiteau și copii ale scrisorilor menționate mai sus pentru părțile implicate. Acestea puteau dovedi faptul că o posesiune era ținută nejustificat, ilegal mărginită, sau a avut loc o încălcare violentă a proprietății, sau pentru a clarifica diferite dubii privitoare la proprietatea respectivă. În cazul în care aceste scrisori erau insuficiente ca probe, curia sau judecătorul puteau cere locului de adevărire să desfășoare cercetări mai amănunțite sau să cheme în instanță părțile vătămate.<sup>46</sup>

Locuri de autentificare au fost foarte asemănătoare între ele în ceea ce privește veniturile pe care le obțineau din activitatea lor (în special taxele permise pentru emiterea unui document, efectuarea unei anchete și așa mai departe). Este dificil să se estimeze cu exactitate venitul total al acestor case, pentru că nu există nici o informație disponibilă cu privire la numărul de bunuri tranzacționate prin *locus credibilis*. Există însă mai multe articole în decrete adoptate în cursul secolelor XIII-XIV, care au stabilit taxele pentru procurarea documentelor și pentru efectuarea de alte servicii. Deși multe dintre aceste pasaje se referă la taxele care s-au datorat cancelariei regale, ele încă furnizează unele dovezi indirecte cu privire la costurile percepute de locurile de adevărire.

Este evident, de exemplu, că inițialele ornate sau vopsite au crescut prețul unui privilegiu emis. Chiar și pe cele relativ simple, un decalaj (*sigla*) poate fi găsit, lăsat pentru inițialele ce urmau a fi inserate mai târziu. Acest lucru sugerează că scrierea și decorarea manuscriselor reprezintă diferite faze în producția lor. În ceea ce privește comandamentul de la Székesfehérvár al Ospitalierilor, toate dovezile ornamentale dispar după 1280. Acest lucru s-a datorat probabil fie sărăciei relative a părților care au apelat la acest loc special de autentificare, fie creșterii numărului actelor emise de *scriptorium*-ul său. De la mijlocul secolului al XIV-lea, inițialele decorative, au reapărut, dar niciodată nu au atins nivelul anterior. Un alt factor a fost apariția hârtiei, în prima jumătate a secolului al XIV-lea, care a înlocuit treptat pergamentul oferind o alternativă ieftină și accesibilă, cu costuri de producție infinit mai mici.<sup>47</sup>

O problemă frecventă a locurilor de adevărire, se referea la emiterea de documente false. În istoriografia recentă, despre practica și scrierea în Evul Mediu, mai cu precădere asupra utilizării actului scris cu valoare probatorie s-a dedicat istoricul Susana Andea, care în articolul intitulat *Considerații referitoare la practica falsificărilor de acte în transilvania (sec. XIII-XVII)*, ne descrie situația și nevoia din care apar aceste falsuri.

Considerând că marea majoritate a actelor scrise proveneau din mediul ecleziastic, reprezentate prin locurile de adevărire, iar cele din orașe sunt în număr redus sau inexistente în secolele XII-XIII, autoarea ne oferă o posibilă explicație a "plăsmuirii actelor,": "Marea majoritate a falsurilor datate sec. XII, începute de sec. XIV, s-au substituit documentelor date de cancelaria regală, actul emis de rege având valoarea probatorie de necontestat."<sup>48</sup>

Un aspect interesant al acestor eforturi de falsificări de documente (daniei de moșii, hotărniciri de moșii, dreptul de percepere a vămile, de scutiri de plata dărilor etc.), este momentul în care apăreau falsurile, anume după două sau trei decenii, sau chiar la o distanță mai mare de

timp. Ideea conform căreia " Uneori ea (falsificarea) a fost determinată de pierderea actelor și de imposibilitatea de a se dovedi drepturile deținute,<sup>49</sup> nu explică producerea de falsuri, ci dimpotrivă impune o nevoie de a produce actele necesare după cele originale din arhiva, sau locul de depozitare al locului de adevărire. Producerea de documente false, apare când nu există documente ce ar contesta acest fals, sau de preferință nici martori, în secolul al XIII-lea și cel puțin prima parte al secolului al XIV martorii au încă o mare prioritate față de actul scris.

#### 4. Concluzii

Secolele XII-XIII înregistrează un progres enorm în ceea ce privește instituționalizarea regatului maghiar și afirmarea autorității în ierarhia sa guvernamentală. Documentele, actele scrise se bucură de progres până în jumătatea secolului al XIII-lea, când invadează mongolii regatul și urmează aproximativ cincizeci de ani de penumbră în istoriografia regatului. Cu toate acestea după instaurarea dinastiei de Anjou pe tronul regatului maghiar emiterea de documente și locurile de adevărire cresc exponențial ca număr. Eforturile de centralizare a autorității regale, de a controla și emite documente ce "iau și dau" drepturi, s-au concretizat în domnia celui de al doilea rege angevin, Ludovic I. Un caz interesant pentru Transilvania a fost reprezentat de trecerea tergiversată de la chirografe la documentele emise de cancelaria regală și locurile de adevărire, precum și păstrarea procedurii de judecată : "proba de foc", cu mult după interzicerea ei în canoanele conciliului de la Lateran IV. Sperăm ca prin prezentul studiu să stârnim interesul nu doar a istoricilor ci și a juriștilor spre o parte mai puțin studiată a istoriei noastre, istoria instituțională și istoria dreptului, așa cum reiese ea din terminologia aferentă documentelor și de asemenea să încercă să de debarasăm de conotația peiorativă a adjectivului "medieval".

---

\* Ph.D. Student at "Babeș-Bolyai" University of Cluj-Napoca; mihaisaftas.259@gmail.com.

<sup>1</sup> Într-un studiu din ani 1990, *loca credibilia* erau descrise ca o tradiție cu o vechime de câteva secol: "Municipal archives and archives of trustworthy places (*loca credibilia*) that fulfilled public notarial functions began in the Middle Ages". Peter, Draskaba, Juraj Spiritza, "The Solution of the Space Requirements of State Archives in Slovakia". În *The American Archivist*. 1990. p. 484-487.

<sup>2</sup> Nora, Berend, Przemysław Urbańczyk, e Przemysław Wiszewski. 2013. *Central Europe in the High Middle Ages : Bohemia, Hungary and Poland c.900- c.1300*. Cambridge; New York: Cambridge University Press. p. 488.

<sup>3</sup> Ines Angjeli, Murzaku. 2016. *Monasticism in Eastern Europe and the Former Soviet Republics*. London : Routledge: Taylor and Francis Group. p.89.

<sup>4</sup> Engel, Pál. 2011. *Regatul Sfântului Ștefan. Istoria Ungariei Medievale 895-1526*. 2nd. Cluj-Napoca: Mega. p.152.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> Martyn, Rady. 2015. *Customary Law in Hungary: Courts, Texts, and the Tripartitum*. Oxford: Oxford University Press. p.37-37.



- <sup>7</sup> O posibilă explicație a etimologiei termenului de magistru este următoarea: "Aceasta ar fi putea fi o explicație ușor superficială a nașterii accepțiunii de magistru=maestru, erudit, care justifică parțial și insuficient restul accepțiunilor avute sau dobândite de *magister*. Educația primită în universitățile medievale din Europa (Roma, Paris, Bologna, Viena, Praga, etc.), în accepțiunea medievală a universității, a adus cu sine cunoștințe temeinice din domeniul dreptului roman, al celui canonic, din domeniul medicinei, etc. ca și primirea titlului de magistru pentru cei care și-au încheiat studiile". Susana, Andea. 2013. « De la magister la *litteratus* în scrierea medievală transilvăneană.» In *Scris și societate în Transilvania secolelor XIII-XVII*, Cluj-Napoca: Editura Argonaut. p. 28-29.
- <sup>8</sup> Termenul de *magister* apare cu următoarele sensuri în lexiconul lui Niermeyer, *Mediae Latinitatis lexicon minus*. Primul sens este de: *maître d'esclaves, chef préposé à un groupe de serfs — slave-foreman, chief of a group of serfs*. Cel de al doilea sens este de: *chef des tenanciers dans un domaine — head of manorial land-tenants*. Ultimul sens oferit este de: *judge local, régisseur de domaine — local judge, manorial officer*.
- <sup>9</sup> "Alături de aceștia, dar fără a face parte din categoria baronilor, actele consemnează calitatea de magistru pentru unii membrii ai cancelariei regale. Cancelarul curții (*cancellarius aule regie*) a aparținut mediului ecleziastic, fiind episcop sau arhiepiscop. Alături de el, frecvent este menționat ca și magistru vicecancelarul (*vicecancellarius*). Și acesta a provenit din mediul ecleziastic, fiind de regulă, cel puțin în secolul al XIII-lea, prepozit, cum a fost cazul magistrului Benedict, prepozit de Sibiu la 12616, de Arad în intervalul anilor 1263-12737. Tot cu calitatea de magistru este menționat notarul special al curții regelui, prepozit și el, de ex. la 1279 Bartholomeu, prepozit de Agria, la 12849 Theodor, prepozit de Sibiu, și alții. Evident că în aceste situații titlul de magistru are legătură cu scrierea și cu educația primită la universități europene. Pentru secolul al XV-lea aflăm mai multe exemple de protonotari ai cancelariei regale, purtători ai titlului de magistru și cu educație solidă la universități din străinătate care au fost ardeleni de origine." Andea, Susana. 2013. « De la magister la *litteratus* în scrierea medievală transilvăneană.» In *Scris și societate în Transilvania secolelor XIII-XVII*, Cluj-Napoca: Editura Argonaut. p.30.
- <sup>10</sup> Hunyadi, Zsolt. 2003. «Administering the Law: Hungary's Loca Credibilia.» In *CUSTOM AND LAW IN CENTRAL EUROPE*, by Martyn Rady, 25-35. Cambridge: Centre for European Legal Studies, Faculty of Law, University of Cambridge. p.26.
- <sup>11</sup> Andea, Susana. 2013. «De la magister la *litteratus* în scrierea medievală transilvăneană» În *Scris și societate în Transilvania secolelor XIII-XVII*, Cluj-Napoca: Editura Argonaut. p.32.
- <sup>12</sup> "Titlul de magistru a fost utilizat de membrii capitulurilor din Oradea, Alba Iulia, Arad, fiind purtat de prepozit, de arhidiacon etc. Sunt interesante concluziile cercetărilor efectuate asupra nivelului de educație atins de prepoziții capitulului din Alba Iulia<sup>19</sup> corelate cu originea socială a acestora. Și aici, la fel ca și în cazul nobilimii, cei mai educați prepoziți au fost cei de origini mai modeste dar, în același timp, surprinzător este faptul că numărul prepoziților cu instrucție la o universitate nu a fost majoritar, că doar un sfert dintre ei, în intervalul secolelor XIII-XVI, au urmat o universitate și au putut să poarte titlul de magistru." Ibidem. p.32-34.
- <sup>13</sup> Pál, Engel. 2011. *Regatul Sfântului Ștefan. Istoria Ungariei Medievale 895-1526*. Cluj-Napoca: Mega. p.148-152.
- <sup>14</sup> Swanson, Robert. 1997. «Universis Christi Fidelibus: the Church and its Records.» *Pragmatic literacy, East and West, 1200-1330*. Woodbridge, Suffolk, UK: Boydell Press. 147-164. p.151.
- <sup>15</sup> Andea, Susana, Avram Andea, Adinel Dincă, e Livia Magina. 2013. *SCRIS ȘI SOCIETATE ÎN TRANSILVANIA SECOLELOR XIII-XVII*. Cluj-Napoca: Argonaut.
- <sup>16</sup> Ibidem. p.7.
- <sup>17</sup> Ibidem.
- <sup>18</sup> Swanson, *op.cit.* p.160.
- <sup>19</sup> Ibidem. p.160-161.
- <sup>20</sup> Hunyadi, *op.cit.* p.26.
- <sup>21</sup> Ibidem. p.26.

<sup>22</sup> Ibidem. p.27.

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> Andea, Susana. 2013. «Preambului actelor și practica scrierii» In Scris și societate în Transilvania secolelor XIII-XVII, 17-28. Cluj-Napoca: Editura Argonaut. p.17.

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> Cahen, Gilbert. 1970. L'amandellerie, institution messine de juridiction gracieuse au Moyen Age. Le Lorrain. p.1.

<sup>27</sup> "En réalité, d'autres villes ont organisé à la même époque le dépôt et la conservation d'une trace écrite des contrats. On y rencontre des arches et même dans l'une d'elles, à Cologne, des amans. Elles sont situées dans une vaste région, englobant, de la Somme à la Baltique, le nord de la France, les Pays-Bas et la plaine allemande."

Ibidem. p.1-2.

<sup>28</sup> "Au cours du XII siècle, en raison de l'activité économique, la preuve testimoniale fut améliorée par l'institution dite du « record », c'est-à-dire d'un témoignage officiel irrécusable, rendu soit par l'échevinage tout entier, soit par quelques-uns de ses membres, soit par des bourgeois ou des officiers désignés par lui." (Cahen 1970, 2)

<sup>29</sup> Ibidem. p.5.

<sup>30</sup> Andea, Preambului actelor și practica scrierii 2013, p. 19.

<sup>31</sup> "În general, se poate constata o anume libertate în a se expune propria voință, opinie, în cuprinsul propriu-zis al actului. Acest aspect poate fi sesizat în special în privilegiile solemne și mai puțin în mandate, porunci etc. De regulă preambulul sau *arrega* actelor cuprinde diferite exprimări ale voinței emitentului, atipice stilionarului actelor, fapt care le și diferențiază. Dar, trebuie menționat că nu toate actele solemne au inclusă acesta parte în structura actului. Aceste intromisiuni în stilionarul documentului au fost inspirate din scrieri biblice, în special în cazul actelor emise de persoane din mediul ecleziastic, din scrieri filosofice dar și din experiența umană acumulată pe parcursul vremii. Chiar dacă în aparență par lipsite de relaționare cu cele cuprinse în act, o analiză fie ea și sumară, duce la constatarea că, dimpotrivă, formulările din preambul sunt adecvate conținutului actului. În actul dat de regele Bela al III-lea, la 1181, o poruncă de restituire a unor iobagi, însoțită de menționarea pertinențelor și hotarele moșiilor, aflăm într-un preambul una din primele formulări cu considerații referitoare la grija egală a regelui atât pentru cei bogați cât și pentru cei săraci." Ibidem. p.21.

<sup>32</sup> Hunyadi, *op. cit.*, p.28.

<sup>33</sup> Ibidem. p.29.

<sup>34</sup> "A second group of scholars – including Ferenc Eckhart, Imre Szent-Petery, L. Bernát Kumorovitz and György Bónis – have argued that the places of authentication evolved as autochthonous institutions and that they originated out of the office of *pristaldus* (usually translated as bailiff) and of the role played in the eleventh and twelfth centuries by the major chapter-houses in administering ordeals" Ibidem.

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> Ibidem. p.29-30.

<sup>37</sup> Ibidem. 30.

<sup>38</sup> Ibidem. 30.

<sup>39</sup> Andea, Preambului actelor și practica scrierii 2013, p.24.

<sup>40</sup> "Trebuie remarcat în acest context că, pe lângă autoritatea regală (*regia auctoritas*) în epocă, în lumea catolică a regatului Ungariei s-a bucurat de mare trecere și autoritate biserica catolică. Actele emise de cancelaria papală au influențat în regatul maghiar scrierea împreună cu principiile promovate în materie de drept. Un astfel de principiu susținea că, după moartea martorilor menționați în act, doar actele scrise de *manus publica* sau care au fost întărite de pecete autentică sunt valabile. Probabil că sub influența acestor idei, documentele emise de cancelaria regală, apoi de alte cancelarii, încep să poarte urma peceților, dovadă a recunoașterii importanței acestora, lângă care, pe mai departe, sunt înșirați martorii

care, prin prestigiul lor, confereau credibilitatea acceptată de societate.,, Susana Andea, *Actul scris și valoarea lui probatorie în practica judiciară din Transilvania (SEC. XIII-XIV)*, în „Anuarul Institutului de Istorie «George Barițiu» din Cluj-Napoca”, tom LIII, 2014, p. 199-212.

<sup>41</sup> Susana Andea, *Actul scris și valoarea lui probatorie în practica judiciară din Transilvania (SEC. XIII-XIV)*, în „Anuarul Institutului de Istorie «George Barițiu» din Cluj-Napoca”, tom LIII, 2014, p. 199-212.

<sup>42</sup> Hunyadi, *op. cit.* p.31.

<sup>43</sup> Andea, Preambului actelor și practica scrierii 2013, p. 20-21.

<sup>44</sup> Ibidem.

<sup>45</sup> Hunyadi, *op. cit.* p.33.

<sup>46</sup> Ibidem. p.33-34.

<sup>47</sup> Ibidem. p. 34-35.

<sup>48</sup> Susana Andea, *Considerații referitoare la practica falsificărilor de acte în Transilvania (sec. XIII-XVII)*, în „Anuarul Institutului de Istorie «George Barițiu» din Cluj-Napoca”, tom LIV, 2015, p. 339-348. Disponibil și în varianta online, la <http://www.historica-cluj.ro/anuare/AnuarHistorica2015/20.pdf>

<sup>49</sup> Susana Andea, *Considerații referitoare la practica falsificărilor de acte în Transilvania (sec. XIII-XVII)*, în „Anuarul Institutului de Istorie «George Barițiu» din Cluj-Napoca”, tom LIV, 2015, p. 339-348. Disponibil și în varianta online, la <http://www.historica-cluj.ro/anuare/AnuarHistorica2015/20.pdf>

## **RECENZIE**

---

**Nadia-Cerasela Aniței, *Lecții de drept internațional privat român*,  
Editura Lumen, Iași, 2015, 229 pagini.**

---

**Călina JUGASTRU\***

Studiul complex al raporturilor juridice cu element de extraneitate a intrat, începând cu anul 2011, într-o etapă nouă, calitativ diferită și superioară, care situează România într-o nouă ambianță, caracterizată de o viziune europeană integratoare. Pe fondul unui istoric de reglementări deficitare ale elementului de extraneitate în dreptul privat, noul Cod civil este garanția edificiului profund reformat al dreptului internațional privat român.

Aceste considerații sunt premisa cu care debutează lucrarea *Lecții de drept internațional privat român*, publicată la editura Lumen din Iași, în anul 2015. Autoarea, Prof. dr. Nadia-Cerasela Aniței, este o bună cunoscătoare a temelor de interes în dreptul internațional român și comparat. Experiența multiplă de cercetător și, deopotrivă, de cadru didactic, ne înfățișează *Lecțiile de drept internațional privat* ca un instrument indispensabil studenților și masteranzilor în drept, dar și specialiștilor interesați de evoluțiile naționale și europene ale raporturilor cu element de extraneitate.

Studiul introductiv al ramurii dreptului internațional privat (din perspectiva denumirii, apropierea de alte ramuri de drept privat și de drept public), analiza raportului juridic cu element străin (sub aspectul definirii elementului de extraneitate și desprinderii trăsăturilor caracteristice ale acestuia) este urmat de descrierea detaliată a obiectului dreptului internațional privat. Autoarea acordă atenție atât problemelor îndeobște dezbătute în lucrările de gen (definirea noțiunii de obiect, delimitarea sferei raporturilor de drept internațional privat), cât și situațiilor care se află la confluența dreptului public cu dreptul privat. Chestiunile prealabile în litigiile de drept public, latura civilă a procesului penal și sancțiunile civile – reprezintă cazuri în care se ține seama de legea străină, fără ca aceasta să se aplice în calitate de *lex causae*. Chiar dacă elementul de extraneitate este prezent în situații de tipul celor menționate, nu se pune problema generării unor conflicte de legi în timp și spațiu.

În rândul aspectelor care particularizează lucrarea se înscriu și dezbaterile privind relația dreptul internațional privat-dreptul intertemporal și dreptul internațional privat european. Analizând *Ghidul practic privind dreptul internațional privat european*, autoarea opinează în sensul că instrumentele dreptului european își pun amprenta asupra dreptului conflictual din triplă perspectivă: competența instanțelor de judecată în materii private cu implicații transfrontaliere; legea aplicabilă raportului juridic cu element de extraneitate; eficacitatea hotărârilor pronunțate de un stat membru, pe teritoriul unui alt stat membru. În temeiul prevederilor Tratatului de la

Amsterdam și ale Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene, statele membre își pot exercita competența numai în măsura în care Uniunea Europeană nu își exercită, ea însăși, competențele. Instrumentele europene se extind în tot mai multe domenii de reglementare, iar competența legislativă a statelor membre rămâne, în domeniile respective, în plan secund.

Natura, autonomia și metodele dreptului internațional privat sunt evocate în câteva pagini care traversează istoricul relevant al ramurii/ disciplinei/ științei dreptului internațional privat. Considerat, de unii, parte integrantă a dreptului public ori a dreptului civil sau, de alții, ramură de drept internațional, dreptul internațional privat se dovedește a fi autonom – cu propriul obiect și cu propria metodă de reglementare – intern și bine articulat, în sfera conflictelor de legi și a conflictelor de jurisdicții. Argumentele pertinente, enumerate și dezvoltate logic, însoțesc fiecare problemă, cu concluzia unui drept internațional privat care se diferențiază net de oricare altă ramură a dreptului român intern.

Norma conflictuală face obiectul unui studiu de detaliu, fiind legitimată de rolul său în contextul raporturilor juridice transfrontaliere. Norma conflictuală determină câmpul de aplicare al dreptului intern și al dreptului străin, ținând seama de coexistența unor sisteme juridice de valoare egală, expresie a unor suveranități de stat egale. Analiza privește normele conflictuale unificate, aflate în convenții internaționale la care România este parte, precum și principalele acte normative ce conțin norme ce interesează dreptul internațional privat. Cu exemplificări constante ale instituțiilor descrise, sunt examinate structura normei conflictuale, tipurile de norme conflictuale, insistându-se pe principiile de determinare a sistemului de drept căruia îi aparțin normele conflictuale. Regula (aplicarea normelor conflictuale ale forului) și excepțiile (retrimiteria și arbitrajul internațional) sunt examinate prin prisma tratatelor internaționale în materie, a jurisprudenței române și străine, precum și a normelor unificate din regulamentele europene. Toate punctele de legătură dau expresie viziunii noi a Codului civil român, iar sublinierea necesară privește elementele de noutate.

Față de vechea reglementare a Legii nr. 105/1992, primează voința părților (*lex voluntatis*) și reședința obișnuită, care se regăsesc și în regulamentele europene. Accentul deosebit pe aceste puncte de legătură este justificat, în contextul actualei mobilități și flexibilități a raporturilor cu element străin, așa încât să favorizeze libertatea de alegere a părților – în conflictele de legi – și celeritatea în soluționarea cauzelor – în conflictele de jurisdicții. Normele materiale (norme de aplicație imediată) rămân o soluție de reglementare în materii cum sunt condiția juridică a străinului sau efectele hotărârilor străine. Determinarea normelor de poliție este realizată în funcție de mai multe criterii; dintre criteriile frecvent utilizate în practică, sunt menționate: criteriul formalist, criteriul tehnic și criteriul finalist.

Domeniul dreptului internațional privat abordează instituțiile juridice care formează ramura dreptului internațional privat și care constituie, implicit, principalele materii de studiu ale științei dreptului internațional privat. Autoarea observă, în mod judicios, că termenul de „*conflict de legi*” este un termen specific dreptului internațional privat, cu un sens metaforic pentru vorbirea curentă și care exprimă o îndoială ce stăruie, de fapt, în mintea judecătorului asupra competenței diferitelor legi de a se aplica raportului juridic. În funcție de sistemul juridic al țării căreia îi aparține instanța, judecătorul va aplica legea indicată de normele de drept internațional privat proprii. Astfel, până la determinarea legii aplicabile există conflict de legi. Din momentul alegerii legii aplicabile cu ajutorul normelor conflictuale din propriul sistem de drept, conflictul de legi va înceta să mai existe. Conflictul de jurisdicții se soluționează după

norma juridică aparținând sistemului de drept al instanței sesizate cu soluționarea litigiului (*lex fori*). În măsura în care va constata că este competentă, instanța va aplica normele procedurale din legea națională cu privire la litigiu. Condiția juridică a străinului completează domeniul de studiu al dreptului internațional privat, fiind evident că mare parte a conflictelor de legi sunt generate de recunoașterea unui set de drepturi și obligații ale străinilor în țara forului („străin” este și apatridul, adică persoana care nu are cetățenia niciunui stat). Cetățenia constituie punct de legătură pentru unele norme conflictuale cum sunt cele referitoare la starea și capacitatea persoanei fizice; cetățenia interesează și din punctul de vedere al procesului civil internațional, dar ea face obiectul preponderent de studiu al dreptului constituțional.

Aplicarea legii străine în România se va realiza doar în limitele și sub condițiile impuse de legea forului, neputându-se aplica prin propria ei forță juridică niciodată. Aplicarea legii străine este studiată prin prisma finalității de aplicare în calitate de *lex causae*. Autoarea acordă atenție necesității aplicării legii străine în România și condițiilor de aplicare a legii unui alt stat (legea străină se aplică ca urmare a dispozițiilor normelor conflictuale ale țării forului; în general aplicarea legii străine nu este limitată și condiționată de principiul reciprocității). În cazul aplicării legii străine altfel decât cu titlu de *lex causae*, specificul este dat de faptul că, în antagonism cu *lex causae*, legea străină este privită ca o reglementare izolată sau ca un element de fapt. În unele situații, legea străină este numai „luată în considerare”, adică nu se stabilesc efectele juridice privind cauza potrivit prevederilor acesteia, ci legea străină constituie doar o condiție pentru aplicarea legii proprii sau se ține seama de ea pentru a defini un raport juridic. Așadar, „luarea în considerare” a legii străine presupune că se ține seama de aceasta, dar numai pentru a se aplica legea proprie (a forului).

Conflictele de legi în situații speciale reunesc mai multe tipuri de conflicte: conflictul de legi dintre legile statului în care coexistă mai multe sisteme legislative; conflictele de legi interprovinciale sau interregionale; conflictul de legi în cazul succesiunii de state; conflictul de legi în cazul statului necunoscut; conflictul de legi interpersonal. Această enumerare cuprinde, de fapt, două mari categorii de conflicte. În primul rând, este vorba de conflictele de legi internaționale, care apar, de regulă, între legile unor state independente; în situații speciale norma conflictuală a forului poate să trimită însă la legea unui stat care a încetat să mai existe sau la legea unui stat care nu este recunoscut de către țara organului de jurisdicție. În al doilea rând, sunt avute în vedere conflictele de legi interne, care apar în situația în care norma conflictuală a forului trimite la legea unui stat unde, datorită, condițiilor istorice, sunt în vigoare mai multe legislații. Conflictele de legi interne pot să apară, de asemenea, între legile statelor membre ale unei federații sau între legile provinciilor ori regiunilor aceluiași stat, precum și între legile aceluiași stat dacă o lege se aplică în funcție de diferite criterii, ca de pildă, criteriul etniei sau criteriul confesiunii. Extrem de util pentru dreptul internațional privat, studiul conflictelor de legi în situații speciale dobândește conotații specifice în contextul dreptului european. Regulamentele europene care tind să uniformizeze, pe cât posibil, normele conflictuale din dreptul statelor membre, fac referiri exprese la conflicte de genul celor menționate anterior. Cele mai frecvente reglementări în materie sunt dedicate situațiilor în care, la nivelul statelor membre, coexistă sisteme plurilegislative care au optici diferite asupra unor instituții juridice identice (de exemplu, Roma I și Roma II, care se extind cu privire la elementul de extraneitate în obligațiile contractuale și în obligațiile generate extracontractual).

Calificarea și conflictul de calificări sunt tratate în raport cu toate posibilele înțelesuri ale noțiunilor în sistemele de drept. Variațiunile de reglementare ale dreptului conflictual național determină specificul încadrării conceptelor în categorii juridice. Noțiunile juridice care exprimă conținutul și punctul de legătură al normei conflictuale pot să nu aibă același înțeles în sistemele de drept care sunt în prezență cu privire la un raport juridic transfrontalier; ceea ce determină calificări care, de cele mai multe ori, au corespondent în sistemele naționale, iar altele, nu. Soluțiile conflictului de calificări sunt elaborate la nivel legislativ, doctrinar și jurisprudențial, după reguli care nu sunt întotdeauna acceptate de totalitatea statelor. Mai ales în regulamentele europene sunt utilizate noțiuni ce nu sunt egal înțelese și aplicate la nivelul statelor membre. Efortul de compatibilizare a textului regulamentelor cu realitățile țărilor membre este realizat, în principal, de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene, într-un șir de hotărâri menite calificării și aplicării unitare a normelor europene. Calificarea primară și calificarea secundară, legea după care se face calificarea în dreptul internațional privat român (regula și excepțiile) sunt larg dezbătute, cu aplecare permanentă spre exemplificare, pentru o înțelegere optimă a noțiunilor.

Retrimiterea și formele acesteia sunt analizate atât în cadrul dreptului român, care are dispoziții aparte în Codul civil, cât și prin filtrul convențiilor internaționale la care țara noastră este parte, a practicii judiciare și a sistemelor plurilegislative.

Cazurile în care dreptul străin competent nu se aplică, reunesc ordinea publică de drept internațional privat, fraudarea legii și înlăturarea excepțională a legii străine.

Ordinea publică de drept internațional privat reprezintă un mijloc de îndepărtare a legii străine, normal competente, atunci când aceasta este contrară principiilor fundamentale ale dreptului autorității sau instanței chemată să soluționeze o cauză cu element străin. Acest corectiv excepțional al legii străine este analizat prin prisma caracterelor sale și al efectelor pe care le produce în dreptul forului (efectul negativ, care constă în înlăturarea dispozițiilor din legea străină și efectul pozitiv, adică aplicarea subsidiară a dreptului străin).

Fraudarea legii, înțelesă ca operațiune prin care părțile unui raport juridic folosesc mijloace legale pentru a înlătura aplicarea unor dispoziții care s-ar fi aplicat dacă nu ar fi intervenit fraudă, are particularități semnificative în dreptul internațional privat. Problematika fraudării legii – noțiune, condiții, domenii, modalități și etape – este expusă prin intermediul exemplelor și trimiterilor la textele convențiilor referitoare la anumite categorii de bunuri care se pretează la schimbarea punctului de legătură dintr-un stat în altul. Se realizează distincția între situația în care este fraudat dreptul român în favoarea unui drept străin competent potrivit normei conflictuale române și situația în care este fraudat dreptul străin competent potrivit normei conflictuale române, în favoarea dreptului român sau a dreptului unei țerte țări. Sub aspectul sancțiunii, hotărârea străină va fi refuzată la recunoaștere sau se va aplica legea română, după caz.

Înlăturarea legii aplicabile este excepțională putând interveni doar atunci când având în vedere circumstanțele cauzelor raportul juridic respectiv are o legătură foarte îndepărtată cu legea respectivă. Este explicată sintagma „*legătură foarte îndepărtată*” și excepțiile de la regula statuată în noul Cod civil.

Una dintre chestiunile de mare actualitate este conflictul de legi în timp și spațiu. Recunoașterea drepturilor câștigate are semnificația unui principiu nou și original al dreptului internațional privat, care a fost analizat uneori în opoziție cu conflictele de legi. În conformitate

cu dispozițiile Codului civil, drepturile dobândite în străinătate sunt recunoscute în principiu în România, cu excepția situației când se încalcă ordinea publică de drept internațional privat român. În situația în care un drept a fost dobândit în temeiul un ei hotărâri judecătorești străine, aceasta poate să fie recunoscută în România în condițiile prevăzute de Codul de procedură civilă. Autoarea evocă situațiile în care hotărârea străină poate fi refuzată de la recunoaștere, cu mențiunea că analiza de detaliu este efectuată în cadrul materiei dreptului procesual civil, întrucât reglementarea specifică se găsește în cuprinsului Codului de procedură civilă.

*Lecțiile de drept internațional privat* se constituie într-o modalitate utilă și exhaustivă de asimilare a instituțiilor părții generale a dreptului internațional privat. Grefată pe actualitatea legislativă națională și internațională, lucrarea rămâne în memoria studentului și a specialistului prin prezentarea accesibilă și nuanțată a conceptelor, prin exemplificările extreme de utile ale problematicii elementului de extraneitate și prin consecvența cu care aspectele teoretice sunt împlinite constant cu jurisprudența relevantă a instanțelor naționale și internaționale.

---

\* Professor PhD. at „Simion Bărnuțiu” Faculty of Law, within „Lucian Blaga” University of Sibiu; jugastrucalina@gmail.com.